

المولوى محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري

تنبيه: متن الهداية في رأس الصفحة بحرف كبير وشرح البناية للعيني تحته ثم تعليقات المولوي محمد عمر مفصولاً بينها بخط.

الجزء الثاني عشر

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع

دار الفكر
بيروت لبنان
المكاتب : البناية المركزية - هاتف: ٢٤٤٧٣٩ - ص.ب: ١١/٧٠٦١
المطابع والمعمل: حارة حريك - شارع عبد النور - هاتف: ٣٩٠٦٦٣ | ٨٣٨٢٠٢ ٨٣٧٨٩٨
برقيا: فكسي - تلكس: ٤١٣٩٢ فكر FIKR 41392 LE

الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م

الطبعة الثانية : منقحة وبها زيادات

١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م

المسهمون في إخراج هذا الكتاب
مكتب التوثيق والدراسات في دار الفكر

باب الرهن الذي يوضع على يد العدل

قال وإذا اتفقا على وضع الرهن على يـــد العدل جاز . وقال مالك لا يجوز ، ذكر قوله في بعض النسخ ، لأن يد العدل يـــد المالك ،

(باب الرهن الذي يوضع على يد العدل)

أى هذا باب في بيان حكم الرهن الذي يوضع على يد الراهن ، ولما ذكر حكم الرهن إذا كان في يد المرتهن ذكر حكمه إذا كان في يد العدل،وهو الذي من الراهن والمرتهن يكون الرهن في يده ، لأنه نائب عن المرتهن ، والنائب يقوم مقام المنوب لا محالة .

(قال) أى القدورى (وإذا اتفقا) أى الراهن والمرتهن (على وضع الرهن على يـد العدل جاز) وهو قول اكثر اهل العلم خلاف لابن أبي ليلى والحكم والحـــارث العكلي وداود « رح » . قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي وقبض العـــدل الرهن بمنزلة قبض المرتهن في حكم صحته وضمانه بالدين إذا هلك بلغنا ذلك عن ابراهيم والشعبي وعطـــاء والحسن . وقال ابن أبي ليلى إن هلك في يد العدل لم يبطل الدين ، وإن مات الراهن فالمرتهن أسوة الغرماء فيه .

(قال مالك لا يجوز ذكر قوله) أى ذكر قول مالك (في بعض النسخ) أشار به إلى أن في بعضها ليس كذلك ، فإنه ذكر في المبسوط وشرح الأقطع ابن أبي ليلى بدل مالك . قال الأكمل وكأنه شك في هذه الرواية عن مالـــك ، فإن القبض ليس بشرط عنده كما مر في اول هذا الكتاب ، فإنه يثبت ذلك عنده كان عنه روايتان . وقال الكاكي ولمالـــك « رح » فيه رواية . وقال الشيخ أبو الفضل الكرماني في إشارات الأسرار والرهن يـــتم بقبض العدل خلافاً لمالك ، لأن يده يداً لمالك فلا يتم به الرهن (لأن يد العدل يد المالك) أى الراهن .

ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض . ولنا أن يده على الصورة يد المالك في الحفظ ، إذ العين أمانة ، وفي حق المالية يد المرتهن ، لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين

وفي الكافي هذا الدليل مشعر بأن على قول مالك القبض شرط ، وقد شرط في كتبه شرط فيمكن أن يكون له روايتان حتى يصح ذلك ، ولكن انه لا خلاف لمالك في جواز وضعه على يد العدل . قلت ذكر مالك وفي المدونة ولا يتم رهن إلا بقبضه .

(ولهذا) أى ولكون يد العدل يد المالك (يرجع العدل عليه) أى على الراهن (عند الاستحقاق) يعني إذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ، ولو لم يكن يده يد الراهن لما رجع (فانعدم القبض) إيضاحه أن رجوع العدل على الراهن عند الاستحقاق لوقوع الفعل له ، يدل على أن الرهن غير مقبوض ، لأن الاصل أن ما عمل عمل الإنسان بأمره ولحقه الغرم يرجع على الذي وقع له العمل ، وهنا يرجع على الراهن بعدم القبض ، فإذا كان كذلك لا يجوز وضعه على يد العدل ، لأن وجود الرهن بقبض المرتهن ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديراً ، لأن العدل نائب عن الراهن لا عن المرتهن ، لأن المالك هو الراهن ، لأن المرتهن كيف يكون نائباً عن المرتهن ، والعدل نصب ليحفظ عنه في حال لا يؤتمن عليه ، ولهذا لحقه ضمان بأن هلك في يده ثم جاء مستحق يرجع به على الراهن دون المرتهن .

(ولنا أن يده) أى يد العدل (على الصورة) يعني بالنظر إلى الظاهر (يد المالك في الحفظ إذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن ، لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية) إذ الإستيفاء يكون منها (فنزل) أى العدل (منزلة الشخصين) لا يجوز أن تجعل اليد الواحدة في الحكم بدين كمن أدى ماله إلى الساعي قبل الحول يده يد المالك من وجه ، حتى لو انتقض النصاب لو هلك قبل الحول له أن يشترط المؤدى إذا بقي في يده ويد الفقير من وجه ، حتى لو هلك المؤدي في يده وبقي النصاب إلى آخر الحول يقع المؤدى

تحقيقاً لما قصداه من الرهن ، وإنمـــا يرجـع العدل على المالك في الإستحقاق ، لأنـــه نائب عنه في حفظ العين كالمودع . قـال وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخـذه منـه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده أمانته ، وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر . فلو هلك في يـــده هلك في ضمان المرتهن ، لأن يده في حق المالية يـد المرتهن وهي المضمونة . ولو دفـــع العدل إلى الراهن أو المرتهن ضمن ، لأنه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وأحدهما

زكاة كما لو دفعه إلى الفقير (تحقيقاً لما قصداه من الرهن) يعني لأجل تحقيق ما قصداه ، لأن غرضهما تحقيق عرض عقد الرهن .

(وإنما يرجـع العدل على المالك) هذا بيان لقوله ولهذا يرجـع العدل عليه ، توضيحه أن رجوع العدل على المالك (في الاستحقاق ، لأنه نائب عنه) أي لأن العـدل نائب عن المالك (في حفظ العين) في حال لا يؤتمن عليه (كالمودع) إذا كانت الوديعة في يده ثم استحقت ضمن المودع ، ثم يرجـع على المودع .

(قال) أي القدوري (وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منــه) أي أن يأخذ الرهن من العدل (لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده أمانته) أي أمـانة العدل (وتعلق حق المرتهن به استيفاء) أي من حيث الاستيفاء (فلا يملك احدهما) أي الراهن أو المرتهن (إبطال حق الآخر ، فلو هلك في يده) أي فلو هلك الرهن في يد العدل (هلك في ضمان المرتهن ، لأن يده) أي يد العدل (في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة) أي يد المرتهن في حق المالية مضمونة بالاقل من قيمة الرهن ومن الدين .

(ولو دفع العدل إلى الراهن أو إلى المرتهن ضمن ، لأنه) أي لأن العـــدل (مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق الماليـــة وأحدهما) أي الراهن أو المرتهن

أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي ، وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع إلى أحدهما وقـــد استهلكه المدفوع إليه أو هلك في يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهناً في يده، لأنه يصير قاضياً ومقتضياً له، وبينهما تناف ، لكن يتفقان على أن يأخذاهـــا منه ، ويجعلاه رهناً عنده أو عند غـيره . ولو تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما إلى القاضي ليفعل كذلك . ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن

(أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الاجنبي) وإذا كان العـدل رجلين والرهن مما لا يقسم فوضعاه عند احدهما كان جائز ، ولا ضمان فيه ، لأنهما أتيا بالحفظ المطلوب ، وإن كان مما لا يقسم فاقتسماه فوضعاه عند احدهما ضمن الذي وضع حصته عند صاحبه في قول أبي حنيفة . وقالا لا ضمان عليه ، وقد مر في كتاب الوديعة .

(وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع إلى احدهما) أى إلى الراهن أو المرتهن (وقد استهلكه المدفوع اليه) وهو الراهن أو المرتهن (أو هلك في يديه) أى في يد المدفوع اليه (لا يقدر) أي العدل (أن يجعل القيمة رهناً في يده) أي في يـــد نفسه (لأنه) أي لأن العدل حينئذ (يصير قاضياً) أي ما وجب عليه بالضمان (ومقتضياً له ، وبينهما تناف) لكون الواحد مسلماً ومسلماً اليه (لكن يتفقـــان) أى الراهن والمرتهن (على أن يأخذاها) أى القيمة (منه) أى العدل (ويجعلاها) أئ القيمـــة (رهناً عنده) أي العدل (أو عند غيره) .

(وإذا تعذر اجتماعهما) أى اجتماع الراهن والمرتهن(يرفع) أي العدل هكذا قاله الكاكي وغيره (احدهما) إما الراهن أو المرتهن . قال الاترازي احدهما برفع الدال ، لأنه فاعل وظن بعضهم ان احدهما منصوب ، يعني أن العدل برفع احدهما وذاك ليس بشيء،لأن العدل هو ضامن القيمة فبعيد أن يرفع الضامن لمطالبة نفسه الخصم إلى القاضي. قلت هذا ليس بوجه أنه ليس بعيد من العدل ما نفاه عنه (إلى القاضي ليفعل كذلك) يعني يأخذ القيمة الواجبة على العدل بالضمان منه ، ثم يصير رهناً عنده .

الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمـــة سالمة له لوصول المرهون إلى الراهن، ووصول الدين إلى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد ، وإن كان ضمنها بالدفع إلى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه ، لأن العين لو كانت قائمة في يـده يأخذها إذا أدى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جمع فيـــه بين البدل والمبدل . قال وإذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة ، لأنه توكيل ببيع مـــاله . وإن شرطت في عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل وإن

(ولو فعل) أي القاضي (ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة له) أي للعدل (لوصول المرهون إلى الراهن ، ووصول الدين إلى المرتهن ، فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد) لأنه إذا أخذ الراهن القيمة يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد .

(وإن كان) العدل (ضمنها بالدفع إلى المرتهن فالراهن يأخـــذ القيمة منه) أي من العدل (لأن العين لو كانت قائمة) فيه بين البدل والمبدل ، لأن العين لو كان قائماً (في يده يأخذها إذا أدى الدين فكذلك يأخـــذ ما قام مقامها ولا جمع بين البدل والمبدل) يعني لا يجمع هذا البدل والمبدل في ملك واحد ثم هلك يرجـع العدل بذلك على المرتهن . قال في الذخيرة إن كان العدل رفع الرهن إلى المرتهن العارية أو الوديعـــة وهلك في يده لا يرجـع وإن استهلكه المرتهن يرجـع عليه .

(قال) أي القدوري (وإذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما) أي وكل غير المرتهن والعدل (ببيـع الرهن عند حلول الدين ، فالوكالة جائزة) ولا خلاف فيه للأئمـــة الثلاثة (لأنه توكيل ببيـع ماله وإن شرطت) أي الوكالة (في عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل وإن عزله لم ينعزل) وعند الشافعي رحمه الله ينعزل وبه قال أحمـــد

عزله لم ينعزل ، لأنها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفاً من أوصافه وحقاً من حقوقه ، ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ، لأنه تعلق به حق المرتهن ، وفي العزل اتواء حقـــه ، وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي . ولو وكله بالبيـع مطلقـــاً حتى ملك البيـع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيـع نسيئة لم يعمل نهيه ، لأنه لازم بأصله . فكذا بوصفه لما ذكرنا ، وكذا إذا عزله المرتهن لا ينعزل ، لأنـه لم يوكله وإنمـا وكله غيره . وإن مات الراهن لم ينعزل ، لأن الرهن لا يبطل بموته ، ولأنه لو بطـــل إنما يبطل لحق الورثة

وكذا لو مـات الراهن انفسخت الوكالة عندهما (لأنها لما شرطت) الوكالة (في ضمن عقد الرهن صار) أي عقد الوكالة (وصفاً من أوصافه) أي من اوصاف الرهن (وحقـــاً من حقوقه) أي من حقوق الرهن فلزم كأصله ، لأن حكم التبع لا يفارق حكم الاصل .

(ألا ترى انه) أي أن عقد الوكالة (لزيادة الوثيقـة فيلزم بلزوم أصله) أي فيلزم عقد الوكالة بلزوم أصله عقد الرهن (ولأنه) أي ولأن عقـــد الوكالة (تعلق به حق المرتهن ، وفي العزل إتواء حقه) أي إعدام حق المرتهن (وصار كالوكيـل بالخصومة) أي كوكيل المدعي عليه بالخصومة (بطلب المدعي) حيث لم يجز للوكيـــل عزله (ولو وكله بالبيـع مطلقاً) أي ولو وكل الراهن العدل ببيـع الرهن مطلقاً بغير قيد شيء (حتى ملك البيـع بالنقد والنسيئة ، ثم نهاه عن البيـع نسيئة لم يعمل نهيه) يعني لا ينعزل الوكيل (لأنه) أي لأن عقد الوكالة (لازم بأصله) وهو الرهن (فكذا بوصفـه) وهو الإطلاق (لما ذكرنا) أنه صار حقاً من حقوقه .

(وكذا إذا عزله المرتهن لا ينعزل ، لأنه لم يوكله وإنما وكله غيره ، وإن مات الراهن لم ينعزل ، لأن الرهن لم يبطل بموته ، ولأنه) أي ولأن الوكالة (لو بطل إنما يبطل لحق

وحق المرتهن مقدم . قال وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه ، وإن مات المرتهن فالوكيل على وكالته، لأن العقد لا يبطل بموتهما ، ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه. إن مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه ، لأن الوكالة لا يجري فيها الإرث ، ولأن الموكل رضي برأيه لا برأي غيره . وعن أبي يوسف أن وصي الوكيل يملك

الورثة) كما في سائر الوكالات ، ويبطل بموت الموكل حيث ينتقل الملك إلى الورثة ، ولا رضى لهم بالبيع . وأما هاهنا فلا اعتبار لحق الورثة (وحق المرتهن مقدم) يقدم على حق الورثة .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة) أي للوكيل الذي هو عدل أن يبيع الرهن بالوكالة المشروطة في عقد الرهن بغير محضر من ورثة الراهن الذي مات (كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه) أي من الراهن (وإن مات المرتهن فالوكيل على وكالته ، لأن العقد لا يبطل بموتهما) أي لأن عقد الرهن لا يبطل بموت الراهن والمرتهن (ولا بموت احدهما) أي ولا يبطل أيضاً بموت الراهن والمرتهن (فيبقى) أي عقد الرهن (بحقوقه) وهي الحبس والإستيفاء والوكالة (واوصافه) وهي اللزوم وجبر الوكيل على البيع إذا أبى والبيع بالنسيئة وصرف الدراهم وحق بيع ولد الرهن .

(وإن مات الوكيل انتقضت الوكالة ، ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه، لأن الوكالة لا يجري فيها الإرث ، ولأن الموكل رضي برأيه) أى برأي الذى وكله (لا برأى غيره) وفي الذخيرة الوكيل بالبيع إذا أوصى رجلا ببيعه لم يجز إلا أن يكون الراهن قال له في اصل الوكالة وكلتك ببيع الرهن واجزت لك ما صنعت فيه ، ويجوز لوصيه بيعه ولا يجوز لوصيه أن يوصي إلى غيره .

(وعن أبي يوسف أن وصي الوكيل يملك بيعه) أى بيع الرهن عند حلول الدين

بيعه ، لأن الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب إذا مات بعد ما صار رأس المال أعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما أنه لازم بعدما صار أعيانا . قلنا التوكيل حق لازم ، لكن عليه والإرث يجري فيما له ، بخلاف المضاربة لأنها حق المضارب . وليس للمرتهن أن يبيعه إلا برضى الراهن ، لأنه ملكه وما رضي ببيعه ، وليس للراهن أن يبيعه إلا برضى المرتهن ، لأن المرتهن أحق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع .

(لأن الوكالة لازمة فيملكه الوصي) لأن هذا حق واجب ، ولو أراد الراهن أن يحجر عليه لم يكن له ذلك ، فصار (كالمضارب إذا مات بعدما صار رأس المال اعياناً يملك وصي المضارب بيعها لما أنه) أي أن البيع (لازم بعدما صار) أي رأس المال (اعياناً) لاجل حق رب المال .

(قلنا التوكيل حق لازم ، لكن عليه) أن لا يجرى فيه الإرث (والإرث يجرى في) ماله لا فيا عليه (بخلاف المضاربة،لأنها) أي لأن المضاربة (حق المضارب) وله ولاية التوكيل في حياته فجاز أن يقوم وصيه بها بعد موته كالأب في مال الصغير ، والوكيل ليس له حق التوكيل في حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد مماته .

(وليس للمرتهن أن يبيعه) أي الرهن (إلا برضى الراهن ، لأنه ملكه) لأن الرهن ملك الراهن (وما رضي ببيعه ولس للراهن أن يبيعه إلا برضى المرتهن ، لأن المرتهن أحق بالمالية من الراهن ، فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع) لأن حكم الرهن ملك العين في حق الحبس حتى يكون المرتهن احق بامساكه إلى وقت إيفاء الدين . وفي شرح الطحاوي وليس للمرتهن أن يبيع الرهن بغير إذن الراهن ، وإن باعه بغير إذنه توقف على إجازة صاحبه ، فإن أجازه جاز ، ويكون الثمن رهناً وإن لم يجز . ولا يجوز البيع ، وله أن يبطله ويعيده رهناً ، وإن هلك في يد المشتري قبل الإجازة فلا يجوز ، والإجازة

قال فإن حل الأجل وأبى الوكيل الذي في يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه. وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الخصومة للوجه الثاني، وهو أن فيه اتواء الحق، بخلاف الوكيل بالبيع، لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه، أما المدعي لا يقدر على الدعوى

بعده، ولكن الراهن له أن يضمنه أيهما شاء، فإن ضمن المرتهن جاز البيع والثمن له، ويكون ضمانه رهناً. وإن ضمن المشتري بطل البيع، ويكون الضمان رهناً ثم يرجع المشتري على البائع بالثمن.

وفي مختصر الكرخي وليس للمرتهن أن يبيع الرهن في دينه إذا لم يكن الراهن سلطه على بيعه أو أذن له فيه وليس له أن يؤاجره ولا أن يعيره، فإن فعل شيئاً من ذلك فسخ البيع ورد إلى يد المرتهن رهناً.

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (فان حل الاجل وأبى الوكيل الذي في يده الرهن أن يبيعه، والراهن غائب اجبر على بيعه) يعني يحبس أياماً حتى يبيعه، فان أبى بعدما حبسه اياماً ذكر في الزيادات أن القاضي يبيعه عليه، وهو على قولهما ظاهر. أما على قول أبي حنيفة فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم لا يبيع قياساً على مال المديون. وقال آخرون يبيعه، لأن جهة البيع تعينت (لما ذكرنا من الوجهين) احدهما انه وصف من اوصافه، والآخران فيه اتواء حقه (في لزومه) أي لزوم عقد الوكالة.

(وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة، وغاب الموكل فأبى أن يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني) وبينه بقوله (هو أن فيه إتواء الحق) أي حق المدعي (بخلاف الوكيل بالبيع) حيث لا يجبر بالبيع إذا امتنع (لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه، اما المدعي لا يقدر على الدعوى) لأنه إنما خلى سبيل الخصم اعتماداً على أن الوكيل يخاصمه، فاذا امتنع الوكيل بالشيء المذكور يلحق الضرر بالمدعي كان فيه إبطال حقه

والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه ، فلو لم يكن التوكيل مشروطـــا في عقد الرهن ، وإنما شرط بعـــده ، قيل لا يجبر اعتباراً بالوجه الأول . وقيل يجبر رجوعا إلى الوجه الثاني ، وهذا أصح ، وعن أبي يوسف رحمه الله أن الجواب في الفصلين واحد ، ويؤيده إطلاق الجواب في الجامع الصغير ، وفي الأصل وإذا باع العـــدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه ، فكان رهنا وإن لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا . وإذا توى كان مـــال المرتهن

(والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه) فاذا امتنع الوكيل عن البيع يلحق الضرر المرتهن (فلو لم يكن التوكيل مشروطاً في عقد الرهن ، وإنما شرط بعده قيل لا يجبر) أي الوكيل بالبيع (اعتباراً بالوجه الاول) وهو أن المرتهن لا يتضرر بامتناعه .

(وقيل يجبر رجوعاً إلى الوجه الثاني) وهو أن فيه إتواء حقه (وهـــذا اصح) أي القول الثاني . وقال شيخ الإسلام وفخر الإسلام وقاضي خان ، وهذه الروية أصح ، لأن المشروط بعد العقد يلحق بأصل العقد ، ويصير كالمشروط فيه .

(وعن أبي يوسف أن الجواب في الفصلين واحـــد) أي فيما كان مشروطاً في الرهن وفيما لا يكون أي يجبر فيهما (ويؤيده) أي يؤيد قول الثـــاني (إطلاق الجواب فى الجامع الصغير . وفى الاصل) أي المبسوط أن يؤيد القول الثاني حيث قال فيهما ، وإذا أبى الوكيل عن البيع يجبر من غير فصل أن يكون مشروط فى العقد اولا . وقـــال الشافعي واحمد لا يجبر الوكيل على البيع ، وإن كان فى ضمن الرهن لما ذكرنا ان عقدهما غير لازم (وإذا باع العدل الرهن فقد خرج عن الرهن والثمن قـــائم مقامه ، فكان رهناً ، وإن لم يقبض) أي الثمن (بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضاً ، وإذا توى) أي إذا هلك (كان من مال المرتهن) أي كان الثمن التاوى مال المرتهن ، وقوله مـــال المرتهن منصوب على انه خبر كان على ما قدرناه ، وبقولنا قال مالـــك « رح » . وقال الشافعي

لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون ، وكذلك إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته ، لأن المالك يستحقه من حيث المالية . وإن كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق ، فبقي عقد الرهن . وكذلك لو قتله عبد فدفع به ، لأنه قائم مقام الأول لحماً ودماً . قال وإن باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته ، وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه ، وليس له أن يضمنه غيره ، وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا

واحد « رح » من ضمان الراهن والعدل أمين بالاتفاق فلا ضمان عليه . وقال مالك لا ضمان على العدل ، ولكن المشتري يرجع إلى المرتهن ويعود دينه في ذمة الراهن كما كان ز لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون) .

(وكذلك إذا قتل العبد المرهون وغرم القاتل قيمته ، لأن المالك يستحقه من حيث المالية ، وإن كان بدل الدم) كلمة إن واصلة بما قبله ، يعني أن قيمة العبد المقتول يكون رهناً مقامه ، وإن كان ضمان القيمة مقابلاً بالدم ، ولهذا لا يزاد على دية الحر (فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق) وهو المالك (فبقى عقد الرهن) أي قامت القيمة رهناً مقام العبد المقتول .

(وكذلك لو قتله عبد) أي لو قتل العبد المرهون عبد مثله (فدفع به ، لأنه) أى لأن العبد القاتل (قائم مقام الاول لحماً ودماً) أي من حيث اللحم والدم ، فتعلق به من الحكم ما تعلق به .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (وإذا باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته ، وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذى اعطاه ، وليس له أن يضمن غيره) أي ليس للعدل أن يضمن المرتهن

استحق ، أما أن يكون هالكاً أو قائماً ، ففي الوجه الأول المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته ، لانه غاصب في حقه . وإن شاء ضمن العدل ، لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم ، فإن ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء ، لانه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه . وإن ضمن البائع ينفذ البيع أيضاً ، لانه ملكه بأداء الضمان ، فتبين أنه باع ملك نفسه ، وإذا ضمن فالعدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة ، لانه وكيل من جهته عامل له ، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه ، وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن ، لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق لأنه ملك العبد بأداء الضمان ونفذ بيعه عليه ، فصار الثمن له ، وإنما أداه إليه على حسبان أنه

غير الثمن الذي اعطاه (وكشف هذا) أي ايضاح هذا الحكم (أن المرهون المبيع إذا استحق اما ان يكون هالكاً وقائماً ففي الوجه الاول) اي فيما إذا كان المرهون المبيع هالكا (المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته ، لأنه غاصب في حقه) أي في حق المستحق (وإن شاء ضمن العدل، لأنه متعد في حقه بالبيع والتسليم ، فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء) أي صح قبض المرتهن الثمن مقابلة دينه (لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين انه امر بنبيع ملك نفسه ، وإن ضمن البائع ينفذ البيع ايضا ، لأنه ملكه بأداء الضمان ، فتبين بأنه باع ملك نفسه ،واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة ، لأنه وكيل من جهته عامل له ، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء ، ولا يرجع المرتهن عليه) أي على الراهن (بشيء من دينه ، وان شاء رجع على المرتهن بالثمن ، لأنه تبين انه اخذ الثمن بغير حق ، لأنه) اى لأن العدل (ملك العبد بأداء الضمان ونفذ بيعه عليه ، فصار الثمن له) اي العدل .

ملك الراهن ، فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضياً به فله أن يرجع به عليه. وإذا رجع بطل الإقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه . وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائماً في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده ، لأنه وجد عين ماله ، ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن ، لأنه العاقد فتتعلق به حقوق العقد ، وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع ، وإنما أداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ، ثم العدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة ، لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه . وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن ، لأن المقبوض سلم له ، وإن شاء رجع

(وإنما أداه اليه) أي وإنما أدى المشترى الثمن إلى العدل (على حسبان انه ملك الراهن ، فإذا تبين انه ملكه) أى ملك العدل (لم يكن راضياً به) أى لم يكن العدل راضياً بأداء الثمن إلى المرتهن (فله أن يرجع به عليه) أى فللعدل أن يرجع بالثمن الذي أداه إلى المرتهن على المرتهن (فإذا رجع بطل الإقتضاء) أى بطل قبض المرتهن (فيرجع المرتهن على الراهن بدينه) .

(وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائما في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده ، لأنه وجد عين ماله ، ثم للمشترى أن يرجع على العدل بالثمن ، لأنه العاقد فتعلق به) أى بالعاقد (حقوق العقد ، وهذا) أى الرجوع بالثمن (من حقوقه) أى من حقوق البيع ، لأن ولاية الرجوع اليه (حيث وجب بالبيع ، وإنما اداه ليسلم له المبيع) أى إنما أدى المشتري الثمن إلى العدل .

(ولم يسلم) أي للمشتري المبيع والحال أنه لم يسلم (ثم العدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة) وفي بعض النسخ بالثمن (لأنه هو الذي أدخله في العهدة فيجب عليه تخليصه . وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن ، لأن المقبوض سلم له) أي لان الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن .

على المرتهن ، لأنه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقـــد قبضه ثمناً ، فيجب نقض قبضه ضرورة . وإذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان ، فيرجع به على الراهن . ولو أن المشتري سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل ، لأنه في البيع عامـل للراهن ، وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل .

ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحـــق العدل من العهدة يرجع بـه على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا ، لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن ، فــــلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضى . بخلاف الوكالة المشروطة

(وإن شاء) أي العدل (رجع على المرتهن) بالثمن الذي أداه اليه (لانه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمناً فيجب نقض قبضه ضرورة ، وإذا رجع عليه) أي على المرتهن (وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان ، فيرجع به) أى فيرجع بحقه الذي هو دينه (على الراهن ، ولو ان المشتري سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل ، لانه) أي لان العدل (في البيـع عامل للراهن ، وإنما يرجع عليه) أي وإنما يرجع المرتهن على العدل (إذا قبض ولم يقبض ، فبقى الضمان على الموكل) المراد بالموكل المرتهن ، وسماه موكلا كأن البيع وقع لاجله ، وبالضمان للثمن ، أو المراد بالموكل الراهن وبالضمان الدين قاله الكاكي « رح » .

(ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد ، فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا ، لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع) أي على المرتهن (كما في الوكالة المفردة من الرهن اذا باع الوكيل ودفـــع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهده لا يرجـــع به على المقتضي) أي على القابض .

في العقد ، لأنه تعلق به حق المرتهن ، فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكر الكرخي ، وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع . قال وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار إن شاء ضمن الرالراهن ، وإن شاء ضمن المرتهن ، لأن كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم أو بالقبض . فإن ضمن الراهن فقد مات بالدين ، لأنه ملكه بأداء الضمان فصح الإيفاء . وإن ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة

(بخلاف الوكالة المشروطة في العقد ، لانه تعلق به حق المرتهن ، فيكون البيع لحقه) فإذا وقع البيع لحقه لو سلم له وجاز أن يلزمه الضمان .

(قال) أي المصنف «رح» (هكذا ذكره الكرخي) أراد به ما ذكره في مختصره (وهذا) أي الذي ذكره الكرخي (يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع) أي قول من لا يرى من المشايخ أن الوكيل إذا كانت وكالته غير مشروطة في عقدالرهن لا يجبر على البيع إذا أبى ذلك .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار إن شاء ضمن الراهن ، وإن شاء ضمن المرتهن ، لان كل واحد منهما) أي من الراهن والمرتهن (متعد في حقه) أي في حق المستحق (بالتسلم أو بالقبض) يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض ، فكان كالغاصب وغاصب الغاصب ، فالراهن كالغاصب ، والمرتهن كغاصب الغاصب فله أن يضمن أيهما شاء .

(وإن ضمن الراهن فقد مات بالدين) أي سقط بالدين ، يعني سقط الدين أيضا (لانه) أي لان الراهن (ملكه باداء الضمان) من وقت القبض ، فتبين أنه رهن ملك نفسه (فصح الإيفاء ، وإن ضمن المرتهن) القيمة (يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة

وبدينه ، أمـــا القيمة فلأنـه مغرور من جهـة الراهن . وأما بالدين فلأنه انتقض اقتضاؤه ، فيعود حقـه كما كان . فإن قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليـــه ، والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان ، فتبين أنـــه رهن ملك نفسه ، فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء ، قلنا هـذا طعن أبي خازم القاضي .

وبدينه) أي ورجع بدينه أيضاً (أما بالقيمة) أي اما الرجوع بالقيمة (فـــلانه) أي فلان المرتهن (مغرور من جهة الراهن) حيث رهن ملك غيره ، وصار كأنه هو الذي أوجب عليه الضمان.

(وأما بالدين) أي وأما الرجوع بالدين (فلانه انتقض اقتضاؤه) أي قبضه لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتي يكون بهلاكه مستوفيا ، فإذا كان كذلك (فيعود حقه كا كان) لان الدين إنما يسقط بهلاكه الرهن إذا رهن ملك نفسه ولم يوجد ذلك .

(فإن قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن كان عليه قرار الضمان ، فتبين انه رهن ملك نفسه ، فصار كا إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء) فلا ينتقض اقتضاء المرتهن (قلنا هذا) يعني هـذا السؤال (طعن أبي خازم القاضي) على محمد بن الحسن ، بيان طعنه أنه قال لما كان قرار الضمان على الراهن كان الملك في المضمون له ، فتبين أنه كان راهناً ملك نفسه فكان هذا . وأمـا إذا ضمن المستحق الراهن من الابتداء على السواء . فأبو خازم بالخـــاء المعجمة وبالزاي اسمه عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي ، أصله من البصرة وسكن بغداد ، وكان ولى القضاء بالشام والكوفة والكرخ من مدينة السلام ، ثم استقضاه الخليفة المقتصد بالله على الشرقية سنة ثلاث وثمانين ومائتين ، وتوفى في جمادى الأولى سنة اثنـين وتسعين ومائتين ، وكان أخذ العلم عن هلال بن يحيى وهو هلال الراوي البصري ، وهلال أخـــذ عن أبي يوسف

والجواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرنا ، أو بالإنتقال من المرتهن إليه كأنـــه وكيل عنه ، والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن. بخلاف الوجه الأول ، لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن ، فيستند الملك إليه ، فتبين أنه رهن ملك نفسه ، وقد طولنا الكلام في كفاية المنتهى .

وزفر ومحمد «رح» ، وكان أبو خازم استاذ أبي طاهر الدباس وقرانه ، وكان ديناً ورعاً ثقة عالماً بمذهب أهل العراق ، قدوة في العلم .

(والجواب انه يرجع عليه) أى المرتهن رجع على الراهن (بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه) يعني بقوله لأن كل واحد منهما متعد في حقة بالتسليم (أو بالانتقال) عطف على قوله بسبب الغرور (من المرتهن اليه) أى إلى الراهن (كأنه وكيل منه) أى كان المرتهن وكيل عن الراهن من حيث انتقال الملك منـه اليه كإنتقال الملك من الوكيل إلى الموكل (والملك بكل ذلك) أى بكل واحد من التسليم والانتقال (متأخر عن عقد الرهن) أما بالتسليم فظاهر ، لأن التسليم كان بعد العقد ، فتبين أنه رهن غير ملكه . وأما الانتقال فلان المرتهن غاصب في حق المستحق ، فاذا ضمن الملك المضمون ، ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه فيملكه من جهـة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض ، لأنه صار غاصباً منه ، فيملك الرهن بعد ذلك من جهة ، فيكون ملك الراهن متأخراً عن عقد الرهن ، فكأنه رهن غير ملك .

(بخلاف الوجه الأول) وهو ما اذا ضمن المستحق الراهن ابتـداء (لأن المستحق يضمنه) أى الراهن (باعتبار القبض السابق على الرهن ، فيستند الملك اليه ، فتبين أنه رهن ملك نفسه) لأنه لما ثبت الملك للراهن سابقاً على عقد الرهن مستنداً إلى زمان القبض فتبين انه رهن ملك نفسه (وقد طولنا الكلام) أى في هذا المقام (في كفـاية المنتهى ،

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف ،

والله اعلم بالصواب) قال صاحب النهاية يحتمل أن يكون في الذي طول الكلام فيه ما لو كان الرهن عبداً فابق وضمن المستحق الرهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة بحكم الغرور وبالدين ، لأنه قد استحق وبطل الرهن ، وقال الأكمل قيل مراده مسألة المضاربة والفرق بينها وبين مسألة الرهن .

قلت المضاربة ليست بعقد لازم ، فيكون لدوامها ، ويصير كالمتجدد في كل ساعة ، والرهن عقد لازم ، فلا يتمكن لدوامه حكم الإبتداء ، فمتى وقع باطلاً لا ينفذ بعد ذلك كسائر العقود اللازمة .

(باب في التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره)

أي هذا باب في بيان أحكام التصرف في الرهن وفي حكم الجناية على الرهن وحكم جناية الرهن على غيره . ولما كانت هذه الأشياء بعد كون الرهن كانت متأخرة طبعاً ، فأخرها وضعاً ، لأن كل ترتيب يجب طبعاً يجب وضعاً للمناسبة .

(قال) أي القدوري (وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف) سواء لم يعلم المرتهن بالبيع أو علم ولم يأذن . وفي المبسوط لم يجز البيع . وقال في موضع آخر البيع فاسد . وقال في موضع جائز ، والصحيح إنه موصوف ، وتأويل قوله انه فاسد أي يفسده القاضي إذا خوصم فيه اليه ، وتأويل قوله إنه جاز ، أي إذا أجازه المرتهن وسلمه اليه ، وإذا فسخه المرتهن ففيه روايتان كما ذكر في الكتاب وعند الأئمة الثلاثة البيع باطل ، وكذا قال محمد في الجامع الصغير البيع باطل ، إلا أن يجيزه المرتهن وقال أبو المعين النسفي في شرح الجامع انه سيبطل إذا لم يجزه المرتهن ، لأنه وقع باطلاً لا يتصور بقاؤه بالإجازة .

قال وروى عن أبي يوسف في الأمالي أن البيع نافذ حتى أن المشتري لو أعتقه قبل

لتعلق حق الغير به وهو المرتهن ، فيتوقف على إجازته . وإن كان الراهن يتصرف في ملكه ، كمن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة ، فيما إذا زاد على الثلث لتعلق حقهم به ، فإن أجاز المرتهن جاز ، لأن التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه . وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضاً ، لأنه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الأهل في المحل . وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه إلى بدله هو الصحيح ، لأن حقه تعلق بالمالية

العقد نفذ عتقه ، وإذا لم يعتقه المشتري بقي رهناً عند المرتهن فيستوفى المرتهن دينه. وفي فتاوى الولوالجي بيع المرهون ، يعني انه غير نافذ في حق المرتهن ، وليس للراهن حق الفسخ بمنزلة بيع المستأجر، وذكر في بعض المواضع أن بيعهما سواء أنه يصح لكن ينفذ وبه يفتى. وذكر في جامع عصام وفرق بينهما وقال بيع المستأجر باطل ، وبيع المرهون موقوف (لتعلق حق الغير به) أى بالرهن (وهو المرتهن ، فيتوقف على إجازته . وإن كان الراهن يتصرف في ملكه) كلمة إن واصلة بما قبلها (كمن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة فيا زاد على الثلث لتعلق حقهم به) أي بما زاد على الثلث .

(فإن أجاز المرتهن) البيع (جاز لأن التوقف لحقه) أى لحق المرتهن (وقد رضي بسقوطه) أى بسقوط حقه (وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضاً ، لأنه زال المانع) بإسقاط حقه (من النفوذ) أي نفوذ البيع (والمقتضى) أى للجواز (موجود وهو) أي المقتضى (التصرف الصادر من الأهل) وهو كونه عاقلاً بالغاً (في المحل) وهو كونه ملكاً له .

(وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه) أي حق المرتهن (إلى بدله) وهوالثمن يكون رهناً ، فكان المبيع المرهون (هو الصحيح) احترز به عن رواية القاضي أبي خازم عن أبي يوسف انه قال إنما يصير الثمن رهناً إذا شرط المرتهن عند الإجازة أن يكون الثمن رهناً عنده لا عند عدم الشرط ، وبه قالت الأئمة الثلاثة (لأن حقه) أى حق المرتهن

والبدل له حكم المبدل ، فصار كالعبد المديون المأذون إذا بيع برضى الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل ، لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأساً ، فكذا هذا . وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية ، حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشترى عليه ، لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك ، فصار كالمالك له أن يجيز وله أن يفسخ . وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه ، لأنه لو ثبت حق الفسخ له إنما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد ، فبقي موقوفاً ، فإن شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي ، وللقاضي أن يفسخ

(تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل) البدل هو الثمن ، والمبدل هو العين المرهون (فصار) حكم المذكور (كالعبد المديون إذا بيع برضى الغرماء ، فينتقل حقهم إلى البدل ، لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأساً) يعني بالكلية (فكذا هذا) يعني رضي بنفاذ البيع لا يسقط حقه في الرهن .

(وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشترى عليه ، لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك ، فصار كالمالك له أن يجيز وله أن يفسخ . وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه ، لأنه لو ثبت حق الفسخ له) أي للمرتهن (إنما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقى موقوفاً) وفي المبسوط لا حق للمرتهن ، وبهذا العقد ولا ضرر له في انفاذه فليس له ولاية الفسخ .

(فإن شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال) أي لأن العجز عن تسليم المبيع على شرف الزوال (وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي ، وللقاضي أن

لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليـــه ، وصار كما إذا أبق العبـــد المشتري قبل القبض ، فإنه يتخير المشتري كما ذكرنا كذلك هذا . ولو باعـــه الراهن من رجل ثم باعه بيعاً ثانياً من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثاني موقوف أيضاً على إجازته ، لأن الأول لم ينفذ ، والموقوف لا يمنـــع توقف الثاني فلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني . ولو باع الراهن ثم أجر أو وهب أو رهن من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيـــع

يفسخ) أي البيع (لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ إلى القاضي لا اليه) أي إلى المرتهن ، لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة ، وهو إلى القاضي (وصار) هـــذا (كما إذا أبق العبد المشتري قبل القبض فإنه يتخير المشترى) إما أن يصبر إلى زوال العجز ، وإما أن يرفع الأمر إلى القاضي فيفسخ البيع (لما ذكرنا) من قوله لفوات القـــدرة على التسليم (كذلك هذا) أى حكم الرهن المذكور .

(ولو باعه الراهن) أي ولو باع الرهن الراهن (من رجل ثم باعه بيعاً ثانياً من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثاني) أي البيع الثاني (موقوف أيضاً على إجازته ، لأن الأول) أى البيع الأول (لم ينفذ ، والموقوف لا يمنع توقف الثاني ، فـلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني) وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير ، وهـــذه الرواية إنما تستقيم على رواية الجامع عن أبي يوسف «رح» ان البيع لا ينفذ بدون إجازة المرتهن كما هو مذهب أبي حنيفة ومحمد « رح » على رواية أصحاب الأمالي عن أبي يوسف أن البيع ينعقد بدون إجازة المرتهن فلا يتوقف البيع الثاني على المشتري الأول ، لأنـــه ملكه بالعقد الأول لا على المرتهن .

(ولو باع الراهن ثم أجر أو رهن أو وهب من غيره وأجاز المرتهن هـــذه العقود) وهي الإجازة والرهن والهبة (جاز البيع الأول) قال تاج الشريعة سماه أولاً إن لم يكن

الأول . والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني ، لأنه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به ، أما لا حق له في هـــذه العقود ، لأنه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين ، وحقه في مالية العين لا في المنفعة ، فكانت إجارتـــه إسقاطاً لحقه ، فزال المانع فنفذ البيع الأول فوضح الفرق . قال ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه . وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ عتقه إذا كان المعتق معسراً، لأن في تنفيذه إبطال حق المرتهن،

بيعاً بالنسبة إلى هذه العقود ، لأنها لا تتأخر عن البيع ، ويجوز أن يكون باعه من واحد ثم من آخر ثم باشر هذه العقود وأجـــاز المرتهن هذه صح البيـــع الأول دون الثاني لرجحانه بالسبق .

(والفرق) أي بين البيع الثاني وبين العقود المذكورة فانه بإجازتها يصح العقد الأول وهو البيـع ، ولم يصح هي وبإجازة البيع الثاني لا يصح البيـع الأول ، وإن كان سابقـاً ويصح هو أي الفرق (أن المرتهن ذو حظ من البيـع الثاني) في المسألة الأولى (لأنه يتعلق حقه ببدله ، فيصح تعيينه لتعلق فائدته به) وهو زيادة الثمن في البيـع الثاني ، ولعـــله يحصله تلك الزيادة له في البيـع الثاني دون الأول ، فيجعل لتعيينه فائدة .

(أما لا حق له) أي للمرتهن (في هذه العقود) التي ذكرناها (لأنه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة ، فكانت إجارته اسقاطاً لحقه ، فزال المانع) من الثاني (فنفذ البيـع الأول فوضح الفرق) بالوجه الذي ذكره .

(قال) أي القدوري (فلو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه) وبه قال أحمـــد والشافعي في قول الشريك والحسن بن صالح (وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ عتقه إذا كان المعتق معسراً) والحاصل أن للشافعي اقوالاً ، ولم يذكر المصنف له إلا قولين ، فنقول

فأشبه البيع بخلاف ما إذا كان موسراً حيث ينفذ على بعض أقواله ، لأنه لا يبطل حقــــه معنى بالتضمين . وبخلاف إعتاق المستأجر ، لأن الإجارة تبقى مدتها إذ الحر يقبلها ، أما لا يقبل الرهن فلا يبقى، ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن ، كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض ، أو أعتق الآبـــق أو المغصوب ولإخفاء في قيام ملك الرقبة لقيـــام المقتضى . وعارض

قال الشافعي في الأصح إن كان الراهن معسراً لا ينفذ ، وبه قال أحمد ، وإن كان موسراً فينفذ . وقال الشافعي في قول لا ينفذ عتقه موسراً كان أو معسراً ، وبه قـــال أبو ثور وعطاء والبتي (لأن في تنفيذه) أي في مسألة العتق في الإعسار (إبطال حـــق المرتهن فأشبه البيع) بل أولى ، لأنـــه أسرع نفوذاً من العتق ، حيث جاز من المـكاتب دون العتق .

(بخلاف ما إذا كان موسراً حيث ينفذ على بعض اقواله ، لأنـه لا يبطل حقه) أي حق المرتهن (معنى بالتضمين) يعني أي بتضمين الراهن قيمته .

(وبخلاف إعتاق المستأجر) أي العبد المستأجر حيث يجوز (لأن الإجـــارة تبقى مدتها) بالنصب ، أي تبقى الإجارة في مدة الإجارة (اذ الحر يقبلها) أي لأن الحريقبل الإجارة ، فلا مانع أن يكون العبد المستأجر بعد أن يكون حراً إن بقى في مدةالإجارة إلى ان تنتهي المدة (اما لا يقبل الرهن فلا يبقى) أراد بما لا يقبل الرهن الحر فإنه لايجوز رهنه قوله فلا يبقى إلى الراهن بالاتفاق .

(ولنا انه) أي الراهن (مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق عبد المشترى قبل القبض أو اعتق الآبق) أي العبد الآبق (أو المغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضى) وهو التصرف الصادر عن اهله وهو الحر العاقل البالغ المالك في محله وهو الرقيق المملوك (وعارض الرهن لا ينبىء عن زواله) تقريره أن موجب عقد الرهن إما ثبوت يد الاستيفاء كما قلنـــا ، أو حق البيع كما هو مذهب

الرهن لا ينبىء عن زواله . ثم إذا زال ملكه في الرقبة بإعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه ، كإعتاق العبد المشترك ، بل أولى ، لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الأعلى . لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى ، وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم وإعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو ، بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة ، وإذا نفذ

الشافعي وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين ، فتبقى العين على ملك الراهن كما كان، وإذا كان باقياً على ملكه وقد أزاله بالإعتاق صح .

(ثم إذا زال ملكه في الرقبة بإعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كإعتاق العبد المشترك) إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه ، فإن نفوذ عتقه في نصيبه أوجب نصيب الشريك حكماً ولم تمنع عليه صحة التصرف (بل اولى ، لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد) الذي للمرتهن (فلما لم يمنع الأعلى) وهو حقه للملك للشريك عند صحة العتق (لا يمنع الأدنى) وهو يد المرتهن (بالطريق الأولى) ولا خفاء فيه (وامتناع النفاذ) هذا جواب عما يقال وليس المانع منحصر فيما يزيل الملك ، بل مجرد تعلق الحق مانع ، ولهذا منع النفاذ (في البيع والهبة) وتقرير الجواب أن امتناع النفاذ في حق المرتهن إنما صلح (لانعدام القدرة على التسليم) المشروط لصحة العقدين ولا قدرة للراهن عليه ، بخلاف العتق ، لأنه شرع لإسقاط الملك والإسقاطات لا تفتقر إلى التسليم .

(وإعتاق الوارث) هذا جواب عما تمسك به الشافعي في بعض المواضع وادعى أن إعتاقه لغو صورته مريض أوصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ، ثم مات فأعتق الوارث العبد ، قال الشافعي لم ينفذ لحق الموصى له ، فكذا يجب أن يكون في الرهن ، فأجاب بقوله واعتاق (العبد الموصى برقبته لا يلغو ، بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة) واما عندهما فلا إشكال ، لأنه يعتق في الحال.

(وإذا نفذ الإعتاق) هذا راجع إلى اول الكلام ، يعني فإذا ثبت تحقق المقتضى

الإعتاق بطل الرهن لفوات محله ، ثم بعد ذلك إن كان الراهن موسراً والدين حالاً طولب بأداء الدين ، لأنه لو طولب بأداء القيمـــة تقع المقاصة بقدر الدين فـــلا فائدة فيه . وإن كان الدين مؤجلاً أخذت منه قيمة العبد ، وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين ، لأن سبب الضمان متحقق ، وفي التضمين فائدة ، فإذا حل الدين اقتضاه بحقه إذا كان من جنس حقه ورد الفضل . وإن كان معسراً سعى العبد في قيمته وقضى به الدين ، إلا إذا كان بخلاف جنس حقه ، لأنـــه

وانتفاء المانع نفذ الإعتاق ، أي إعتاق الرهن (بطل الرهن لفوات محله) وهو كون العبد مملوكاً (ثم بعد ذلك) أي بعد نفاذ الإعتاق (إن كان الراهن موسراً والدين حالاً طولب) أي الراهن (بأداء الدين ، لأنه لو طولب بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين ، فلا فائدة فيه) لأنه يجب عليه رد الزيادة إذا كانت القيمة اكثر من الدين .

(وإن كان الدين مؤجلاً أخذت منه) أي من الرهن (قيمة العبد وجعلت رهنـــاً مكانه) أي مكان العبد (حتى يحل الدين) بكسر الحاء وضمها جميعاً (لأن سبب الضمان) وهو العتق (متحقق وفي التضمين فائدة) وهو أن يكون الكل رهنـــاً (فإذا حل الدين اقتضاه بحقه) يعني يستوفى دينه بقدر حقه (إذا كان) أي القيمة (من جنس حقـــه ورد الفضل) أي على الدين على الراهن .

(وإن كان معسراً سعى العبد في قيمته وقضى بها الدين) وفي شرح الطحاوي وإن كان الراهن معسراً فللمرتهن أن يستسعى في الأقل من ثلاثة اشياء سواء كان دينه حـــالاً أو إلى أجل وينظر الى قيمته وقت العتاق وإلى الدين رهن به فيه يسعى العبد في الأقل من هذه الأشياء الثلاثة ، ثم يرجع على الراهن إذا أيسر ، لأنه قضى دينه مضطراً كالوارث إذا قضى ديناً للميت لا يكون متبرعاً ، ويرجع في التركة كذلك وهاهنا ، ويرجـــع المرتهن أيضاً ببقية دينه إن بقي له شيء من دينه .

لما تعذر الوصول إلى عين حقه من جهة المعتق يرجع إلى من ينتفع بعتقه ، وهـــو العبد لأن الخراج بالضمان . قال «رض» وتأويله إذا كانت القيمة أقل من الدين ، أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى ، ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر ، لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنـــه ، بخلاف المستسعى في الإعتاق ، لأنه يؤدي ضماناً عليه ،

(إلا اذا كان بخلاف جنس حقه) يعني إلا إذا كان الحاصل من سعاية العبد ، بخلاف جنس حق المرتهن فإنه لا يقضى به دينه ، بل يدل به جنس حقه ويقضى به دينه (لأنه) هذا دليل وجوب السعاية على العبد (لما تعذر الوصول إلى عين حقـــه) أي حق المرتهن (من جـــهة المعتق يرجـــع إلى من ينتفع بعتقه وهو العبد ، لأن الخراج بالضمان) الخراج ما خرج من غلة الإرض أوالغلام دينه الخراج بالضمان ، يعني الغلة سبب ان ضمنه .

(قال) أي المصنف «رح» (وتأويله) أي تأويل قول القدوري سعى العبد في قيمته (إذا كانت القيمة أقل من الدين) لأنه إذا كان الدين أقل من القيمة سعى في الدين ، ونبه عليه بقوله (أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى) يريد به مـــا نذكره عن قريب في استيلاد الأمة المرهونة بقوله بخلاف العتق حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة (ثم يرجع) أي العبد (بماسعى على مولاه إذا أيسر) أي المولى (لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع ، فيرجع عليه بما تحمل عنه) وقد مر الكلام فيه عن قريب .

(بخلاف المستسعى في الإعتاق) يعني بخلاف العبد المشترك بين اثنين إذا اعتق أحدهما نصيبه فاستسعى ، والساكت لا يرجع بما سعى على المعتق (لأنه يؤدي ضماناً عليه) هذه إشارة إلى بيان الفرق بين العبد المرهون يسعى في رقبته تخلصت ويقضي ديناً على الراهن فلهذا يرجع عليه ، والمستسعى في الاعتاق يسعى في تخليص رقبته أن الرق وهـــو منفعة خالصة له ، فلهذا لا يرجع ، أشار اليه بقوله لأنه ، اى لأن المستسعى يؤدى ضمان ماعليه

لأنه إنمـــا يسعى لتحصيل العتق عنـده . وعندهما لتكميله ، وهنـا يسعى في ضمان على غيره بعـد تمام إعتاقه ، فصـار كمعير الرهن . ثم أبو حنيفة أوجب السعايـــة في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والإعســـار في العبـــد المرهون شرط الإعسار ، لأن الثابت للمرتهن حق الملك ، وأنه أدنى من حقيقتـه الثابتة للشريك الساكت، فوجب السعاية هنا في حالة واحدة إظهاراً لنقصان رتبته. بخلاف المشتري قبل القبض إذا أعتقه المشتري حيث لا يسعى

لانه يؤدى الضمان عن نفسه لأنه أصل فيه (لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده) أي عند أبي حنيفة ، يعني سعيه لاجل عتقه .

(وعندهما) أي وعند أبي يوسف ومحمد «رح» (لتكميله) أي لتكميل العتق، لانه كان في عتقه نقصان ، لكونه مطالباً بالسعاية ، فإذا أداها كمل العتق نظراً للعبد، ولكنه لما كان أصلاً في الضمان جاز أن لا يرجع على غيره ، وهنا ، أي في حـــكم العبد المرهون (وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمـــام إعتاقه فصار كمعير الرهن) يعني أن الرهن بالاستعارة إذا عجز عن فكاك الرهن فافتكه المعير رجع بذلك على الراهن المستعير، لانه قضى دينه مضطراً .

(ثم أبو حنيفة «رض» أوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار في العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن) في الرهن (حق الملك) لا حقيقة الملك ، وذلك بثبوت يد الاستيفاء (وانه) أي وان الثابت للمرتهن (ادنى من حقيقته) أي حقيقة الملك (الثابتة للشريك الساكت) فاذا كان كذلك (فوجب السعاية هنا في حالة واحدة) وهي حالة الإعسار (إظهاراً لنقصان رتبته) أي رتبـة حق المرتهن عن رتبة الشريك الساكت .

(بخلاف العبد المشترى قبل القبض) يعني بخلاف العبد المشترى قبـل قبضه (إذا

للبائع إلا رواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى ، لان حق البائع في الحبس أضعف ، لان البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفى من عينه ، وكذلك يبطل حقه في الحبس بالإعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكاً ، ولا يبطل حقه بالإعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد ، فلو أوجبنا السعاية فيها لسوينا بين الحقين ،

اعتقه المشتري) وهو مفلس (حيث لا يسعى للبائع) يعني ليس للبائع ، ولانه استسعاء بقدر الثمن وإن كان هو محبوساً عنده قبل التسليم بالثمن ، لان للبائع مجرد الحبس، وإذا فات بخروجه عن كونه محلا للحبس بالعتق بطل أصلا وبقي حقه مطالبة المشتري بالثمن فحسب (إلا رواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى) انه يسعى إذا كان المشتري معسراً. وقال الناطفي في الاجناس وقال أبو يوسف في نوادر هشام يسعى العبد الراهن ، وهذا الذي ذكره لبيان الفرق بينه وبين المبيع المستوفى قبل القبض (لان حق البائع في الحبس اضعف ، لان البائع لا يملكه في الآخرة) وقال تاج الشريعة «رح» قوله لان البائع لا يملكه في الآخرة يعني ألا أن يملك ملكا يزيل اليد المتقومة وهي اليد الثابتة بالحبس، بخلاف يد المرتهن لانه يملك ملكا يؤيد المتقوم ، أي عند الاستهلاك ، بل ينفسخ البيع بخلاف الرهن .

(ولا يستوفى من عينه) أي ولا يستوفي البائع من عين الرهن لا يتعلق استيفاؤه بهذا المحل وإنما يثبت له حق الحبس ليستوفي من محل آخر (وكذلك يبطل حقه) أي حق البائع (في الحبس بالإعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكاً) في حالة الهلاك . بيانه إذا هلك الرهن عند المرتهن يملك بدينة مضموناً بالاقل من قيمته ومن قيمة الدين ، فيكون المرتهن مالكاً لذلك الأقل من مالية الرهن ، فأما حق البائع فلا يصير ملكاً لهمن جهة المشتري أصلا .

(ولا يبطل حقه) أي حق المرتهن (بالإعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد ، فلو أوجبنا السعاية فيهما) أي في المبيع المعتق قبل القبض وفي المرهون المعتق (لسوينا بين الحقين) أي من حق البائع وهو ضعيف ، وبين حق المرتهن وهو قوي (وذلك لا يجوز)

وذلك لا يجوز . ولو أقر المولى برهن عبده بأن قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية عندنا ، خلافاً لزفر هو يعتبره بإقراره بعد العتق ، ونحن نقول أقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح ، بخلاف ما بعد العتق ، لأنه حال انقطاع الولاية ، قال ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق ، أما عندنا فظاهر ، وكذا عنده . لان التدبير لا يمنع البيع على أصله . ولو كانت أمة فاستولدها الراهن

أي جعل التسوية بينهما لا يجوز مع وجود الفارق ، وفي المبسوط هذا أمر يأباه العقل .

(ولو أقر المولى برهن عبده بأن قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية) ثم أعتق المولى المقر بالرهن والحال أنه معسر لزم العبد السعاية (عندنا خلافاً لزفر) فعنده لا تجب السعاية (هو) أي زفر «رح» (يعتبره) أي يقيسه (باقراره) أي بإقرار المولى بذلك (بعد العتق) والجامع وجود الإقرار .

(ونحن نقول أقر بتعلق الحق) وهو أداء السعاية (في حال يملك التعلق فيه) أي يملك تعلق الدين برقبته (لقيام ملكه) من رقبته (فيصح بخلاف ما بعد العتق ، لأنه حال انقطاع الولاية) لأنه لا ولاية لها بعد العتق فلا يصح .

(قال) أي المصنف ، ذكره تفريعاً على مسألة القدوري وقد ذكرها الكرخي في مختصره (ولو دبره) العبد المرهون (الراهن صح تدبيره بالاتفاق أما عندنا فظاهر) لأنه يملك إعتاقه ويملك تدبيره بالطريق الأولى (وكذا عنده) أي عند الشافعي « رح » (لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله) لأن بيع المدبر يجوز عنده ، وبه قال مالك وأحمد «رح» ونص الشافعي «رح» على أن التدبير موقوف ، فإن حلف تركه قضى الدين وعتق المدبر بالتدبير وقال بعض اصحابه إن التدبير مبني على عتق المرهون .

(ولو كانت أمة) أي ولو كانت المرهونة أمة (فاستولدها الراهن) أي ولدت فادعاه

صح الاستيلاد بالاتفاق ، لانــه يصح بأدنى الحقين ، وهو ما للأب في جارية الابن فيصح بالاعلى . واذا صحا خرجا من الرهن، لبطلان المحلية . اذ لا يصح استيفاء الدين منها ، فإن كان الراهن موسراً ضمن قيمتها على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق . وإن كان معسراً استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في جميع الدين ، لان كسبهما مال المولى . بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة ، لأن كسبه حقــه ، والمحتبس عنده ليس

المولى (صح الاستيلاد بالاتفــاق) وبه قال مالك وأحمد «رح» سواء كان الراهن موسراً أو معسراً ، وللشافعي «رح» فيه أقوال مذكورة في الاعتاق (لأنه) أي لأن الاستيلاد (يصح بأدنى الحقين وهو) أي أدنى الحقين (ما للاب) أي الذي يثبت للاب (في جارية الابن) إذا استولدها ، لأنه يملكها قبل الرهن ، وهو أدنى الحقين ، لأن أعـــلاهما حق الإبن ، لأنه مالك حقيقة ، فإذا ثبت الاستيلاد الادنى (فيصح بالأعلى) بالطريق الاولى (وإذا صحا) أي الاستيلاد والتدبـــير (خرجا من الرهن لبطلان المحلية ، إذ لا يصح استيفاء الدين منها) وبه قال مالك و أحمد «رح» . وعند الشافعي «رح» مدبراً ، وبه قال مالك «رح» ، وعند الشافعي [1] (فإن كان الراهن موسراً ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الإعتاق) يعني إن كان الدين حالاً طولب بأداء الدين في الحال ، وإن كان مؤجلاً فقيمته يكون رهناً مكانه .

(فإن كان الراهن معسراً استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في جميع الدين، لان كسبهما مال المولى ، بخلاف المعتق ، حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة ، لان كسبه) أي كسب المعتق (حقه والمحتبس عنده) أي عند المعتق (ليس إلا قدر القيمة ، فـــلا يزاد عليه) أي على قدر القيمة (وحق المرتهن بقدر الدين ، فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان

---

(١) هكذا الكلام في الاصل ، وهنا تكرار ملحوظ ، اهـ مصححة .

إلا قدر القيمة ، فلا يزاد عليه ، وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره ، لأنهما أدياه من مال المولى والمعتق يرجع ، لأنه أدى ملكه عنه ، وهو مضطر على مامر . وقيل الدين إذا كان مؤجلاً يسعى المدبر في قيمته قناً ، لأنه عوض الرهن حتى تحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض . بخلاف ما إذا كان حالاً لأنه يقضى به الدين . ولو أعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع إلا بقدر القيمة ، لأن كسبه بعد العتق ملكه ، وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه ، لأنه أداه من مال المولى . قال وكذلك لو استهلك الراهن الرهن ،

بما يؤديان على المولى بعد يساره ، لانهما أدياه من مال المولى والمعتق يرجع ، لانه أدى ملكه عنه) أي عن المولى (وهو مضطر على ما مر) فيما مضى في هذا الكتاب .

(وقيل الدين) فقوله في الإيضاح (إذا كان مؤجلا) وفي أكثر النسخ الدين إذا كان مؤجلا (يسعى المدبر في قيمته) أي من حيث كونه قناً (لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه ، فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما إذا كان حالاً ، لانه يقضى به الدين . ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع إلا بقدر القيمة ، لان كسبه بعد العتق ملكه ما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه ، لانه أداه من مال المولى) .

(قال) أى القدوري (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) وهو عطف على قوله فان كان الدين مالاً طولب بأداء الدين ، وان كان مؤجلا إلى آخره كذا قاله الاترازي . وقال الاكمل قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن معطوف على قوله فإن كان موسراً ضمن قيمتها ، وكذلك قاله الكاكي . وقال تاج الشريعة قوله وكذلك إذا استهلك الراهن

لانه حق محترم ومضمون عليـــه بالإتلاف ، والضمان رهن في يـــد المرتهن لقيامه مقام العين . فـإن استهلكه أجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة وتكون رهناً في يده ، لأنــــه أحق بعين الرهن حال قيامه ،فكذا في استرداد ما قام مقامه . والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك ، فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفاً غرم خمسمائة ، وكانت رهنــاً وسقط من الدين خمسمائة ، فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بآفة سماوية ، والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك ، لان القبض السابق مضمون عليه ، لانـــه قبض

الرهن ، يعني أن حكم الإستهلاك حـــكم الإعتاق على التفصيل المذكور (لانه) أي لان الرهن (حق محترم مضمون عليه) أى على الراهن (بالإتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين ، فإن استهلكه أجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه) وقـال الشافعي وأحمد «رح» الراهن هو الخصم في تضمينه ، لانه مالكه . قلنا المرتهن أحق في البدل ، وهو عين الرهن ، فيكون أحق ببدله وبالخصومة وبالاسترداد (فيأخذ القيمة) أي المرتهن يأخذها (فتكون رهناً في يده ، لانه أحق بعين الرهن حال قيامه ، فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هـــذا المستهلك) يعني الاجنبي (قيمته يوم هلك) أى يوم الاستهلاك ، وإنما قيد بقوله على هذا المستهلك احترازاً عن استهلاك المرتهن ، فإن عليـه قيمته يوم قبضه كما يجيىء ، وكذلك أي الهلاك يعتبر قيمته يوم القبض لا يوم الهلاك .

(فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفاً غرم خمسمائة وكانت رهناً وسقط من الدين خمسمائة ، فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بآفة سماوية والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك ، لأن القبض السابق مضمون عليه ، لأنه قبض استيفاء ، إلا أنه يتقرر عنـــد الهلاك ، ولو استهلكه المرتهن والدين

استيفاء ، إلا أنــــه يتقرر عند الهلاك . ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة ، لانه أتلف ملك الغـــير ، وكانت رهناً في يــــده حتى يحل الدين ، لان الضمان بدل العين فأخذ حكمه . وإذا حل الدين وهو على صفـــة القيمة استوفي المرتهن منها قدر حقه ، لانه جنس حقه . ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن ، لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن . وإن نقصت عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة وقـــد كانت قيمته يوم الرهن ألفاً وجب بالإستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة ، لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره ، وتعتبر قيمتـــه يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ، ووجب عليه

مؤجل) أي والحال أن الدين مؤجل (غرم القيمة ، لأنه أتلف ملك الغير وكانت رهناً في يده حتى يحل الدين ، لأن الضمان بدل العين فأخذ حكمه . وإذا حـل الدين وهو على صفة القيمة) أي في الجنسية والجودة (استوفى المرتهن منها قـــدر حقه ، لأنه جنس حقه ، ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن ، لأنه بدل ملكه وقـد فرغ عن حق المرتهن) .

(وإن نقصت قيمة الرهن عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة ، وقد كانت قيمته) أي والحال أنه كانت قيمته (يوم الرهن ألفاً وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة ، لأن ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره ، وتعتبر قيمته يوم القبض فهـو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر) وهذا جواب اشكال ، وهو أن يقال لو سقط بقدر ما انتقص كان الرهن مضموناً على الرهن بتراجع السعر وليس لتراجع السعر أثر في اسقاط شيء من الدين . والجواب أنــــه مضمون بالقبض السابق لا بتراجـع السعر

الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم أتلف . قال وإذا أعـــار المرتهن الرهن للراهن ليخدمـــه أو ليعمل له عملاً فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن . فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون ، وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده ، لان عقـــد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال ، ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء ، وهذا لان يد العارية ليست بلازمة ،

(ووجب عليه) أي على الراهن (الباقي) وهو الخمسمائة الزائدة (بالاتلاف وهو قيمته يوم أتلف) أي الراهن .

(قال) أى القدوري (وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن) فيه تسامح ، لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عوض ، والمرتهن لا يملكها ، فكيف يملكها غيره ، ولكن لما عومل بمعاملة الإعارة من عدم الضمان ، ويمكن استرداد المغير أطلق الإعارة (ليخدمـــه أو ليعمل له عملا) لا يوجد في عامة مختصر القدوري (فقبضه خرج من ضمان المرتهن) هذا من لفظ القدوري ، وعلله المصنف بقوله (لمنافاة بين يد العارية وبين يد المرتهن) وهو يد المرتهن ، لان يد المرتهن مضمونة ، ويد العارية ليست بمضمونة ، فلما صحت الإعارة انتفى حكم الرهن ، وهو كونه مضموناً .

(فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء) هذا لفظ القدوري وعلله المصنف بقوله (لفوات القبض المضمون وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده) من كـلام القدوري ، وعلله (لان عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال) أى فى حال كون الرهن فى يـــد المرتهن (ألا ترى انه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به) أى بالرهن (من سائر الغرماء) وهذا توضيح لما قبله بالإشارة (لان يد العارية ليست بلازمة) والرهن لازم ، والشيء لا ينتقض بما دونه (والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال)

والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال ، ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وإن لم يكن مضمونـــاً بالهلاك . وإذا بقي عقد الرهن فإذا أخذه عاد الضمان ، لانه عاد القبض في عقـد الرهن فيعود بصفته . وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبياً بإذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا . ولكل واحد منهما أن يرده رهناً كما كان ،لان لكل واحد منهما حقاً محترماً فيه . وهـــذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج من الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدأ .

هذا جواب عما يقال كيف أمكن القول ببقاء الرهن ، وانه لم يبق مضموناً،فأجاب بقوله والضمان إلى آخره .

ثم أوضحه بقوله (ألا ترى أن حكم الرهن ثابت فى ولد الرهن) أى فىولد المرهونة ، فان حكم الرهن ثابت فيه ، فاذا هلك (وإن لم يكن مضموناً بالهلاك) وقد وجد الرهن ولا ضمان ثمة .

(وإذا بقي عقد الرهن فاذا أخذه عاد الضمان ، لانه عاد القبض فى عقـد الرهن ، فيعود بصفته) وهي الضمان (وكذلك لو أعـاره) أى الرهن (أحدهما) أى الراهن أو المرتهن (أجنبياً باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا) إشارة إلى قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن (ولكل واحد منهما أن يرده رهناً كما كان ،لانلكلواحدمنهماحقاً محترماً فيه) أى فى الرهن حق للراهن الرقبة وحق للمرتهن فى اليـــد (وهذا) أى ما ذكرنا من إجازة أحدهما باذن الآخر أجنبياً .

(بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشر أحدهمـــا باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن ولا يعود إلا بعقد مبتدأ) أي جديد ، وذلك لان بهذه العقود تعلق حق لازم للغير ، بخلاف الإعارة ، فانه لم يتعلق بها حق لازم ، فاذا استرجعوا المرتهن إلى يده عاد الضمان ، فلم يقع حاجة إلى العقد المبتدأ .

ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة الغرماء ، لأنه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن ، أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا . وإذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن ، وكذا إذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية . ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان ، لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان . وكذا إذا أذن الراهن للمرتهن

(ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن) أي قبل رد عين الرهن إلى المرتهن فيما إذا باشر أحدهما الإجارة أو البيع أو الهبة (يكون المرتهن أسوة الغرماء ، لأنه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن) فإذا بطل كان المرتهن وسائر الغرماء سواء (أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم) يعني فيما إذا أعاره أحدهما بإذن الآخر ، فمات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أحق به من سائر الغرماء ، لأن الرهن لم يبطل بالعارية (فافترقا) أي الحكمان المذكوران الإجارة والبيع والهبة وحكم العارية .

(وإذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن ، وكذلك إذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ، ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال ، وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان) وذكر قاضي خان أنهما لو اختلفا في وقت الهلاك فادعى المرتهن أنه هلك حالة العمل وادعى الراهن أنه هلك في غير حالة العمل كان القول قول المرتهن والبينة بينة الراهن .

(وكذا إذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال كما بينا) يعني في صورة العارية (ومن

بالاستعمال لما بيناه . ومن استعار من غيره ثوباً ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز ، لانه متبرع بإثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع بإثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين . ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً للمرتهن كما ينفصل زوالاً في حق البائع ، والاطلاق واجب الاعتبار خصوصاً في الاعارة ، لان الجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة . ولو عين قدراً لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه ولا بأقل منه لان التقييد مفيد وهو

استعار من غيره ثوباً ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز) هذه المسألة إلى قوله وجناية الراهن على الرهن مضمونة من مسائل الاصل ، ذكرها على سبيل التفريع . وقال الكرخي إذا استعار الرجل من الرجل شيئاً ليرهنه ثوباً أو عبداً أو غير ذلك من العروض فأعاره فله أن يرهنه بأي شيء من الدين شاء وبما شاء منه قليلاً كان ذلك أو كثيراً إذا لم يكن سمى له ما يرهنه ، وإن سمى له قدراً من الدين فليس له أن يرهنه بصنف غيره ، فان رهنه بغير ما سمى من القدر وبصنوف الدين فهو ضامن من لقيمة الثوب إن هلك في يد المرتهن (لأنه متبرع باثبات ملك اليد) وهو إعادة الرهن (فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد ، وهو قضاء الدين . ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً للمرتهن كما ينفصل زوالاً في حق البائع) أي لا ينفصل ملك اليد عن ملك العين من حيث الزوال في حق البائع ، يعني أي لو باع بشرط الخيار وسلمه للمشتري تزول يده لا ملكه .

(والإطلاق واجب الاعتبار) هذا جواب عما يقال كيف يجوز في الاعارة أن يرهن المستعير بالقليل والكثير وبأي جنس شاء . وتقرير الجواب أن إطلاق الاذن يجب اعتباره إلا بدليل يخصه (خصوصاً في الإعارة ، لأن الجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة) لأن مبناها على المسامحة .

(ولو عين) أي المعين (قدراً لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه) أي من ذلك

ينفي الزيادة ، لان غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه وينفي النقصان أيضاً ، لان غرضه أن يصير مستوفيا للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع به عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد ، لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة إلى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ ، فإذا خالف كان ضامناً ، ثم ان شاء المعير ضمن

القدر (ولا بأقل منه ، لأن التقييد بالقدر مفيد ، وهو) أي تقييد المعير بقدر معين (ينفي الزيادة) على ذلك القدر (لأن غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه) للمعير عند الاحتياج إلى فكاكه (وينفي النقصان أيضاً) مثلا إذن أن يرهن بمائة فرهنه بخمسين لا يجوز رهنه . وقال أحمد يجوز ، لأن من أذن بمائة فقد أذن بخمسين . وقال في وجه يبطل في الكل (لأن غرضه) أي غرض المعير (أن يصير مستوفياً للأكثر) أي لأكثر المالين (بمقابلته) أي بمقابلة الرهن (عند الهلاك ليرجع عليه) أي على المستعير بالكثير بمقابلة الهلاك ، لا بالقليل .

(وكذلك التقييد بالجنس) بأن قال أرهنه بالدراهم أو بالدنانير (وبالمرتهن) بأن قال أرهن عند فلان وعينه (و بالبلد) بأن قال أرهن بالبصرة مثلا (لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة إلى البعض) أي لتيسر البعض على المعير بالنسبة إلى البعض ، وهذا لأنه ربما يكون الانفكاك بالجنس الذي عينه أيسر مما لا يعينه ، فالرضى بجنس لا يكون رضى بآخر (وتفاوت الأشخاص في الامانة والحفظ) فالرضى بالوضع عند رجل لا يكون رضى بالوضع عند آخر ، والرضى أيضاً بالحفظ في موضع بعينه لا يكون رضى بالحفظ في موضع آخر ، لأن الأماكن ربما تتفاوت في معنى الحفظ والصيانة .

(وإذا خالف) أي المستعير (كان ضامناً) أي قيمة الشيء الذي استعاره للرهن ، لأنه صار غاصباً حيث تصرف فيه بغير إذن صاحبه في غير ما سمى المعير من الجنس والمرتهن والبلد وللمعير أن يأخذه من المرتهن ، لأن الرهن لم يصح (ثم إن شاء المعير ضمن المستعير) يعني بعد وجوب الضمان ، بخلاف المستعير (فيتم عقد الرهن فيما بينه) أي

المستعير ، ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن ، لانه ملكه بأداء الضمان ، فتبين أنه رهن ملك نفسه ، وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن ، وقد بيناه في الاستحقاق .

وإن وافق بأن رهنه بمقدار ما أمره به ، إن كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عـــن الراهن لتمام الإستيفاء بالهلاك ، ووجب مثله لرب الثوب على الراهن ، لأنـه صار قاضياً دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاتـــه ،

بين المستعير الذي هو الراهن (وبين المرتهن، لانه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه) لانه ملكه بالضمان سابقاً على الراهن .

(وإن شاء ضمن المرتهن ، ويرجع المرتهن بما ضمن) لانه غيره في ذلك (وبالدين على الراهن) أي يرجع بـــه أيضاً وهو ظاهر (وقد بيناه في الاستحقاق) أي قـد بينا ذلك قبل هذا الباب في استحقاق الرهن في يد المرتهن وتضمنه ، فانه يرجع بالدين وبما ضمن .

(وإن وافق) أي المستعير (بأن رهنه بمقدار ما أمره بـــه إن كانت قيمته) أي قيمة الذي رهنه (مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المـــال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن) أي مثل ما تم بـه الاستيفاء ، وهو مقدار الدين لا مثل قيمة الثوب إن كانت أكبر (لانه صار قاضياً دينه بماله بهـذا القدر) اى لان المستعير صار قاضياً لدينه بمـــال الغير بهذا القدر ، لانه لـما استعاره فقد أمره بقضاء دينه من ماله والمأمور بقضاء الدين يرجع عـــلى الآمر بما قضاه وهو الموجب للرجوع ، أي أمره بقضاء دينه .

(وهو الموجب للرجوع) على الآمر بما قضى . وفي الإيضاح المعير بمنزلة رجل أذن لآخر ان يقضي دينه من وديعته عنده فما مضى صار مضموناً ، وما لم يقبض فهو أمانـة

لأنه برضاه ، وكذلك إن أصابـــه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه . وإن كانت قيمته أقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقيمـــة دينه للمرتهن، لأنه لم يقع الإستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفياً لما بيناه . ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير

(دون القبض بذاته ، لانـه برضاه) لان قبض المستعير برضى المالك فـــلا يتعلق به الضمان .

فان قلت قبض الثوب وتسليمه برضى المعير ، فينبغي ان لا يوجب الضمان قلت ما توجبه بالقبض بل بايفاء الدين من مالية العين ، ومن قضى دين نفسه من مال الغير برضاه يضمن مثل ذلك .

(وكذلك إن أصابه) أي الثوب (عيب ذهب من الدين بحسابه) اي بقدر حصة المعيب (ووجب مثله) اى مثل ما ذهب (لرب الثوب على الراهن على ما بيناه) وهو انه صار قاضياً دينه بماله بهذا القدر .

(وإن كانت قيمته) اى قيمة الثوب (أقل من الدين ذهب بقدر القيمة) لان القيمة إذا كانت أكثر من الدين يهلك الزائد على قدر الدين أمانة (وعـــلى الراهن بقيمة دينه للمرتهن ، لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفياً) بيانه إذا كان الثوب يساوي خمسة وقد رهن بعشرة فاعسر الراهن ولم يجدمـــا افتكه فهلك الثوب في يد المرتهن ذهب بخمسة ، وعلى الراهن خمسة للمرتهن بقية دينه، لان الرهن يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين ، وخمسة لرب الثوب عـــلى الراهن ، لانـــه صار معترضاً إياه بهذا القدر (لمـــا بينا) وهو انه صار قاضياً دينه بمالـــه بهذا القدر

(ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير ان يفتكه جبراً عن الراهن) قال الكاكي أي بغير رضاه . قال الأكمل هذا ليس بظاهر وقيل معناه نيابة ولعله من الجبران ، يعني

أن يفتكه جبراً عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع ، لأنه غير متبرع حيث يخلص ملكه ، ولهذا يرجع على الراهن بما أدى المعير فأجبر المرتهن على الدفع بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين ، لأنه متبرع إذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته ، فكان للطالب أن لا يقبله . ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعدما افتكه فلا ضمان عليه ، لأنه لا يصير

جبراناً لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه . وقال تاج الشريعة في هذا الموضع . ولفظ محمد في المسألة فأراد المعير أن يفتكه حين عسر الراهن.وفي مبسوط السرخسي والبزدوي ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه حين عسر الراهن (لم يكن للمرتهن) أن يمتنع من دفعه إليه (إذا قضى دينه) انتهى . قلت يفهم من هذا الكلام أن جبراً هنا من الجبران لا من الجبر الذي معناه القهر لم يكن للمرتهن ان قضى دينه (أن يمتنع ، لأنه غير متبرع حيث يخلص ملكه) لأن المعير هنا بالإيفاء يقصد تخليص ملكه ، فإن كان بمنزلة المديون حيث يقصد بالإيفاء تفريغ ذمته .

(ولهذا) أي ويكون غير متبرع (يرجع على الراهن بما أدى فأجبر المرتهن على الدفع) قال صاحب النهاية هذا غير مجري على إطلاقه ولا بد هاهنا من قيد معناه يرجع بما أدى إذا كان ما أداه بقدر الدين ، لأنه أكثر منه بياناً قيمة الرهن ألف ورهنه بألفين فافتكه المعير بألفين يرجع على الراهن بقدر الدين وهو ألف ، ولا يرجع بأكثر من الألف ، لأنه لو هلك لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك ، فكذلك إذا افتكه وكان متبرعاً بالزيادة .

(بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين ، لأنه متبرع إذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته) بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين (فكان للطالب أن لا يفتكه عنه . ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعدما افتكه) أي لو هلك بعد الفكاك (فلا ضمان عليه ، لأنه لا يصير قاضياً دينه بهذا) أي بهذا الرهن ، لأن الهلاك

قاضياً بهذا ، وهو الموجب على ما بيناه . ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن ، لأنه ينكر الإيفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين ، كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير ، لأن القول قوله في إنكار أصله ، فكذا في إنكار وصفه ، ولو رهنه المستعير بدين موعود ، وهو أن يرهنه به ليقرضه

لم يوجد إلا والراهن عارية محضة فلا يوجد فيه معنى قضاء الدين ، فلا يجب الضمان (وهو الموجب) أي الموجب هو قضاء الدين أو الهلاك عند المرتهن (على ما بيناه) وهو قوله لأنه صار قاضياً دينه .

(ولو اختلفا في ذلك) اي لو اختلف المعير والمستعير في ذلك فقال المعير هلك في يد المرتهن ، وقال المستعير هو الراهن هلك قبل ان أرهنه أو بعدما افتكه (فالقول قول الراهن) وهو المستعير (لأنه ينكر الإيفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين) أراد بهما قبل الرهن وما بعد الفكاك (كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به) أي ولو اختلف المعير والمستعير في رد ما أمر المستعير المعير بالرهن بالثوب بأن قال رب الثوب أمرتك ان ترهنه بخمسة ، وقال المعير بعشرة (فالقول للمعير) وفي بعض النسخ وقع هذا كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به ، وهذا ليس بصحيح ، والصحيح ما ذكر ، وهو ولو اختلفا ، لأن الغرض مختلف ، لأن في الأول القول قول الراهن وهو المستعير ، وفي الثاني القول قول المعير لا المستعير ، فكيف يصح التشبه به (لأن القول قوله) اي قول المعير (في إنكار أصله) اي في العارية بتأويل عقد العارية (فكذا) اي فكذا القول قوله (في إنكار وصفه) اي وصف عقد العارية من الزيادة والنقصان .

(ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه ، كذا) صورته ما قال الحاكم الشهيد في الكافي استعار عبداً يساوي ألف درهم ليرهنه بألف درهم فلم يقبضها حتى صار العبد في يد المرتهن فعلى المرتهن ألف درهم للراهن ، لأنه صار مستوفياً لمالية الرهن عند الهلاك من قبل الراهن ، وعلى الراهن ألف درهم لصاحبه وهو المعير ، لأنه

كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا أنه كالموجود ، ويرجع المعير على الراهن بمثله ، لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه . ولو كانت العارية عبداً فأعتقه المعير جاز ، لقيام ملك الرقبة . ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن ، لأنه لم يستوفه ، وإن شاء ضمن المعير قيمته ، لأن الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالاعتاق ، وتكون رهناً

صار مقرضاً إياه هذا القدر (فهلك) اي الراهن (في يد المرتهن قبل الإقراض والمسمى والقيمة سواء) اي والحال ان المسمى وهو الرهن وقيمته سواء (يضمن) اى المرتهن الراهن (قدر الموعود المسمى لما بينا أنه) اي الموعود (كالموجود) أشار به إلى ما ذكر في باب ما يجوز ارتهانه عند قوله والرهن بالدرك باطل بقوله لأن الموعود جعل كالموجود .

(ويرجع المعير على الراهن بمثله) اي بمثل قدر الموعود المسمى الذي أخذه الراهن من المرتهن (لأن سلامة ماليـة الرهن باستيفائه) اي باستيفاء الراهن (من المرتهن كسلامته) اى كسلامة الراهن (ببراءة ذمته عنه) اى عن الدين ، يعني لو سلم الرهن للراهن بأن تبرأ ذمته من الدين بأن كانت ذمته مشغولة بالدين فهلك الرهن عند المرتهن كان يرجع معير الرهن على الراهن المستعير ، فكذا يرجع عليه بأن يسلم الرهن للراهن باستيفاء الراهن مالية الرهن من المرتهن .

(ولو كانت العارية عبداً فأعتقه المعير جاز ، لقيام ملك الرقبة ، ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن لأنه لم يستوفه) لأن الدين عليه (وإن شاء ضمن المعير قيمته) اى قيمة العبد (لأن الحق قد تعلق برقبته برضاه ، وقد أتلفه) اي وقد أتلف المعتق حق المرتهن (بالاعتاق ، وتكون) اي قيمة العبد (رهناً عنده) اي عند

عنده إلى أن يقبض دينه فيردها إلى المعير لأن استرداد القيمـــة كاسترداد العين . ولو استعار عبداً أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابـــة قبل أن يرهنها ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن ، لانه قد برىء من الضمان حين رهنهما ، فإنـــه كان أميناً خالف ثم عاد إلى الوفاق. وكذا إذا أفتك الرهن ثم ركب الدابة و استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن ، لأنـه

المرتهن (إلى أن يقبض دينه فيردها) أي إلى أن يقبض المرتهن دينه فيرد القيمة المرهونة عنده (إلى المعير ، لأن استرداد القيمة كاسترداد العين) لأن المرتهن استرد قيمة الرهن من المعير ، واسترداد القيمة كاسترداد العين .

(ولو استعار عبداً او دابة ليرهنه فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما) اي العبد والدابـــة (حتى هلكا) اى واحد من العبد والدابة (عند المرتهن فـــلا ضمان على الراهن) وفي المبسوط لا ضمان على الراهن ، والمرتهن ضامن للألف يرده عـلى مولى العبد ، وهو روايـة أبي حفص .

وقال عيسى هذا خطأ ، ولكن الصحيح ان الراهن ضامن للألف للمعير صاحب العبد والمرتهن ضامن للألف للراهن ، لأن المالك في يد المرتهن ثم الاستيفاء ، وعلى المرتهن رد ما استوفى ، وإنما استوفاه من الراهن فيرد عليه ، والراهن صار قاضياً دينه بملك الغير فيغرم مثله .

(لأنه قد برىء من الضمان حين رهنهما ، وانه كان أميناً خالف) اى بالاستخدام والركوب (ثم عـــاد إلى الوفاق) بالرهن برىء من الضمان (وكذلك إذا افتك الرهن ثم ركب الدابة واستخدم العبد فلم يعطبـ) يعني بالركوب أو الاستخدام (ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن ، لأنه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء

بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد إلى الوفاق ، فيبرأ عن الضمان . وهذا بخلاف المستعير ، لأن يده يد نفسه فلا بد من الوصول يد المالك ، أمـــا المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليـه عند الهلاك ، وتحقق الاستيفاء . قال وجنايـــة الراهن على الرهن مضمونة ، لأنه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمـال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبـــد الموصى بخدمته إذا أتلفـــه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقامه .

حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان) .

(وهذا بخلاف المستعير) غير الراهن حيث لا يبرأ عن الضمان إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق ما لم يرد العين إلى مالكها (لأن يده) أي يد المستعير (يد نفسه فـــلا بد من الوصول إلى يد المالك ، أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء) أي وعند تحقق الاستيفاء ، وهـــذا الذي اختاره المصنف هو مختار شمس الأئمة السرخسي وأما اختيار شيخ الإسلام خواهر زاده وهـــو أن المستعير يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق واستدلالاً بمسألة مستعير الرهن .

(قال) أي القدوري (وجناية الراهن على الرهن مضمونة ، لأنه تفويت حق لازم) يعني باللازم ما لا يقدر على إسقاطه بانفراده (محترم) يعني بالمحترم أن يكون العين ممنوعاً عن ابطاله ، ولا نعلم فيه خلافاً (وتعلق مثله) أي تعلق مثل الحق الـلازم (بالمال يجعل المالك) أي مالك المـــال (كالأجنبي في حق الضمان) وأوضح ذلك بقوله (كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنـــع نفاذ تبرعه) أي تـبرع المريض (فيما وراء الثلث) لأن ما وراء الثلث حق الورثة (والعبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا

قال وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ، ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين ، وهذا لأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه . قال وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر ، وهذا عند أبي حنيفة وقالا جنايته على المرتهن معتبرة ، والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال ، أما الوفاقية فلأنها جناية المملوك على المالك ، ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه ،

قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقامه) لتعلق الحق اللازم به .

(قال) أي القدوري (وجناية المرتهن عليه) أي على الراهن (تسقط من دينه بقدرها) أي بقدر الجناية (ومعناه) أي معنى قول القدوري (أن يكون الضمان على صفة الدين) يعني من جنسه جودة ورداءة ويسقط من الدين بقدرها . ولو كان بخلاف الجنس يكون رهناً مع الأصل ، قاله تاج الشريعة .

(وهذا) أي السقوط من دين المرتهن بقدرها (لأن العين ملك المالك) وهو الراهن (وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه) لأن دينه إتلاف ملك الغير .

(قال) أي القدوري (وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى ما لهما هدر) أي ساقط لا يعتبر به (وهذا) أي كونها هدراً (عند أبي حنيفة ، وقالا) أبو يوسف ومحمد « رح » (جنايته) أي جناية الرهن (على المرتهن معتبرة ، والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال) وهي ما إذا كان خطأ في النفس أو فيما دونها ، أما ما يوجب القصاص فيعتبر بالإجماع ، ولا نعلم فيه خلاف .

(أما الوفاقية) وهي المسألة الوفاقية وهي الجناية على الراهن (فلأنها جناية المملوك على المالك ، ألا ترى أنه لو مات) أي العبد الرهن (لكان الكفن عليه) أي على مولاه ، وكل ما كان كذلك فهو هدر ، لأنه لو جنى على غيره وجب

بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه، لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً حتى يكون الكفن عليه، فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت. ولهما في الخلافية أن الجناية حصلت على غير مالكه، وفي الاعتبار فائدة، وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن.

على مولاه من ماله، فإذا جنى عليه فلو وجب عليه شيء لكان واجباً له عليه وذلك باطل.

(بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه) هذا جواب عن نقض يرد بالمغصوب إذا جنى على مالكه المغصوب منه، فإنها توجب الضمان. وتقرير الجواب به ما قاله بقوله (لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً) من وقت الغصب، وأوضح ذلك بقوله (حتى يكون الكفن عليه) أي على الغاصب (فكان جناية على غير المالك فاعتبرت) أي جنايته.

(ولهما) أي لأبي يوسف ومحمد «رح» (في الخلافية) أي في المسألة الخلافية (ان الجناية حصلت على غير مالكه) لأن العبد في الحال ملك المغصوب منه وقد جنى غير المالك فيعتبر (وفي الاعتبار فائدة) جواب عما يقال أن ماليته تحتبسه بدينه فلا فائدة في إيجاب الضمان، وتقرير الجواب أن في الاعتبار فائدة (وهو دفع العبد إليه بالجناية) أي المرتهن (فتعتبر) وإن كان يسقط حقه في الدين، فإن أبقاه رهناً وجعله بالدين لم يثبت له ملك العين، وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية، وإن لم يكن له غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقه رهناً كما كان.

(ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن) بالدفع، وهذا التفريع على قولهما (ودفعاه) فيه تسامح، لأن المرتهن لا يدفع العبد إلى نفسه ومخلصه المشاكلة، فإنه وإن كان قابلاً ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في ضمنه، او لتعليله سماه دافعاً وبناه (بالجناية إلى المرتهن. وإن قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله).

وإن قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله . وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية ، لأنهـا حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته ، والدين سواء ، لانه لا فائدة في اعتبارها ، لانـه لا يتملك العبد وهو الفائدة . وإن كانت القيمة أكثر من الدين فعن أبي حنيفـة أنـه يعتبر بقدر الامانة ، لان الفضل ليس في ضمانه فأشبه جناية العبد الوديعة على المستودع . وعنه أنها لا تعتبر ، لان حكم الرهن

(وله) أى لأبي حنيفة « رح » (ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه) أى على المرتهن (التطهير من الجناية) يعني هو مخاطب أيضاً بالدفع او الفداء (لأنها) أى لأن الجناية (حصلت في ضمانه ، فلا يفيد وجوب الضمان له مـع وجوب التخليص عليه) ولا فائدة فيه (وجنايته) اى وجناية الرهن (على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء ، لأنه لا فائدة في اعتبارهـا ، لأنه لا يتملك العبد) اى لا منفعة للمرتهن في اعتبار تلك الجناية ، فإنه لا يستحق بهـا الملك ولكن يستحق بالدين ماليـة العبد يباع فيـه ، وذلك يستحق لـه بدينه (وهو الفائدة) اى تملك العبد هو الفائدة .

(وإن كانت القيمة أكثر من الدين) بأن كانت القيمة ألفين والدين ألفاً (فعند أبي حنيفة أنه يعتبر بقدر الأمانة) أي ان حكم الجناية يثبت في مقدار الأمانة (لأن الفضل ليس في ضمانه فأشبه جناية العبـد الوديعة على المستودع) فإن جنايتـه على المودع معتبرة .

(وعنه) اى وعن أبي حنيفة رواه عنـه أبو يوسف (أنها لا تعتبر) اى ان حـكم الجناية لا يعتبر (لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت ، فصار كالمضمون) لان مقـدار

وهو الحبس فيه ثابت، فصار كالمضمون، وهذا بخلاف جناية الراهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن، لان الاملاك حقيقة متباينة، فصار كالجناية على الاجنبي. قال ومن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف إلى أجل فنقص في السعر فرجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائه ثم حل الاجل، فإن ارتهن يقبض المائة قضاء عن حقه، ولا يرجع على الراهن بشيء. وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافاً لزفر، هو يقول

الامانة رهن في يده، فصار لمقدار المضمون (وهذا) اى ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدر.

(بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او على ابن المرتهن) فانها معتبرة بالاتفاق (لان الاملاك حقيقة متباينة) اى بين الاب والابن (فصار) حكم الجناية (كالجناية على الاجنبي) وروى الحسن عن أبي حنيفة «رح» أنـــه لا يعتبر جنايته على ابن الراهن ولا على ابن المرتهن.

(قال) اي قال محمد في الجامع الصغير (ومن رهن عبداً يساوى ألفاً بألف درهم إلى أجل فنقص) اي العبد (في السعر فرجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه، ولا يرجع على الراهن بشيء) اي من تسع مائة.

(وأصله) اى أصل حكم هذه المسألة (ان النقصان) اى ان نقصان الرهن (من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين) يعني لا يذهب به شيء من الدين (عندنا) وهنـا ثلاث فصول. الاول: هو المذكور وفيه خلاف زفر، أشار إليه بقوله (خلافاً لزفر «رح») الفصل الثاني: هو قوله وإن أمره الراهن ان يبيعه. والفصل الثالث هو قوله وهـو ما إذا قتله عبد قيمته مائة وفيه خلاف على ما يأتي إن شاء الله تعالى خلافـاً لزفر (هو)

إن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس ، وذلك لا يعتبر في البيع ، حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب ،حتى لا يجب الضمان . بخلاف نقصان العين ، لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه إذ اليد يد الاستيفاء ، وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهوناً بكل الدين ، فإذا قتله حر غرم قيمته مائة ، لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف ، لان الجابر بقدر الفائت وأخذه المرتهن ، لانه بدل المالية في حق المستحق . وإن كان مقابلا بالدم على أصلنا

أي زفر « رح » (يقول أن المالية قد انتقصت ، فأشبه انتقاص العين) فإذا انتقص من عينه شيء ذهب قسطه من الدين اتفاقاً .

(ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس ، وذلك لا يعتبر في المبيع حتى لا يثبت بـه الخيار ، ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان) ونقصان السعر لا تعلق له بالرهن ، لأن ذلك شيء يحدث في قلوب العباد بقلة الرغبات ، وتحدث زيادة السعر بكثرة الرغبات ، ولهذا لم يعتبر نقصان السعر في المبيع إذا انتقض قبـل قبض المشتري ، حتى لا يكون له خيار الرد . وكذلك لا يعتبر في الغصب أيضاً حتى إذا رده الغاصب إلى المالك لا يضمن نقصان السعر .

(بخلاف نقصان العين ، لأن بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه ، إذ اليـد يد الاستيفاء ، وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي) أي العبد (مرهوناً بكل الدين ، فإذا قتله حر غرم قيمته مائة ، لأنه تعتبر قيمته يوم الإتلاف في ضمان الاتلاف ، لأن الجابر بقدر الفائت ، وأخذه المرتهن لأنه بدل المالية) أي لأن حقه متعلق بماليـة الرهن (في حق المستحق) أي المرتهن (وإن كان مقابلا بالدم على أصلنا) أي وإن كان

حتى لا يزداد على ديـــة الحر ، لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية ، فكذا فيما قام مقامه ، ثم لا يرجع على الراهن بشيء ، لأن يد الرهن يد الإستيفاء من الإبتداء وبالهـلاك يتقرر ، وقيمته كانت في الإبتداء ألفـــاً فيصير مستوفياً للكل من الإبتداء . أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفياً الألف بمائة ، لأنـه يؤدي إلى الربا ، فيصير مستوفياً المائة وبقي تسعمائة في العين ، فإذا هلك يصير مستوفياً تسعمائة بالهلاك . بخلاف ما إذا مات من غير

البدل مقابلا بالدم ، وأوضح ذلك بقوله (حتى لا يزداد) أي البدل (على دية الحر) لأنه إذا زيد ينتفي المقابلة (لأن المولى استحقه بسبب المالية) هذا دليل قوله لأنه بدل المالية في حق المستحق .

(وحق المرتهن متعلق بالمالية ، فكذا فيما قام مقامه) أي فكذا يتعلق حقه فيما يقوم مقام حقه بالمالية ، حتى لا يرجع على الراهن بشيء من التسعمائة ، وهو معنى قولـه (ثم لا يرجع على الراهن بشيء) أي بشيء زائد على المالية (لأن يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء) أي من أول الأمر (وبالهلاك يتقرر) أي وبهـلاك الرهن يتقرر أن الاستيفاء من الابتداء ، أى من أول الأمر (وقيمته كانت في الابتداء ألفـــاً فيصير) أي المرتهن (مستوفياً الكل من الابتداء) أي من الرهن فلا يأخذ شيئاً غير المالية .

(او نقول) هذا دليل آخر (لا يمكن ان يجعل) اى المرتهن (مستوفيا الالف بمائة ، لأنه يؤدي الى الربا ، فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة فى العين) أى فى عين الرهن قبل الهلاك (فاذا هلك) أى الباقي وهو التسعمائة (يصير) أى المرتهن (مستوفيـــا تسعمائة بالهلاك) لان بالهلاك يصير مساويا ويسقط بقية الدين .

(بخلاف ما اذا مات) اي العبد المرهون (من غير فعـــل [1] احد لانه) اى لان

---

(١) قتل – هامش .

قتل أحد ، لأنه يصير مستوفياً الكل بالعبد ، لأنه يؤدي إلى الربا ،
قال وإن أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء
من حقه فيرجع بتسعمائة ، لأنه لما باعه بإذن الراهن صار كأن
الراهن استرده وباعه بنفسه . ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى
الدين إلا بقدر ما استوفى ، وكذا هذا قال وإن قتله عبد قيمته
مائة فدفع مكانه أفتكه بجميع الدين ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي
يوسف . وقال محمد هو بالخيار إن شاء أفتكه بجميع الدين ،
وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن بماله . وقال زفر يصير رهناً

المرتهن (يصير مستوفيا الكل) اى كل الدين (بالعبد) اى الناقص فى السعر (لانه لا[1] يؤدي الى الربا) لانه لا يتحقق الربا من العبد والدين .

(قال) اى قال محمد فى الجامع الصغير (واذا[2] امره الراهن ان يبيعه) اى اذا امر الراهن المرتهن ببيع العبد الرهن المذكور (فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه) اى لاجل القضاء من حقه ، اى الدين (فيرجع بتسعمائة ، لانه لما باعه) اى لان المرتهن لما باع العبد (باذن الراهن صار كأن الراهن استرده) اى العبد (وباعه بنفسه . ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذلك هاهنا) وفى بعض النسخ كذلك هذا .

(قال) اى محمد فى الجامع الصغير (وان قتله عبد) اى فان قتل العبد المرهون الذى كان يساوى الفا بألف فى ابتداء الرهن ثم نقص سعره فرجعت قيمته الى مائة فقتله عبد مثله (قيمته مائة فدفع) السيد (مكانه افتكه) اى الراهن (بجميع الدين) من غير خيار (وهذا) اى هذا الحكم (عند ابي حنيفة وابي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » هو بالخيار) اى الراهن مخير (ان شاء افتكه بجميع الدين ، وان شاء سلم العبد

---

(١) في المتن بدون لا .

(٢) وان كان — هامش .

بمائة له أن يد الراهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك ، إلا أنه أخلف بدلاً بقدر العشر فبقي الدين بقدره . ولأصحابنا على زفر أن العبد الثاني قائم مقام الأول لحماً ودماً . ولو كان الأول قائماً وانتقص السعر لا يسقط إلا بشيء من الدين عندنا لما ذكرنا ، فكذلك إذا قام المدفوع مكانه . ولمحمد في الخيار أن المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب إذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه ، كذا هذا .

المدفوع الى المرتهن بماله . وقال زفر يصير رهنا بمائة) ويفتكه بمائة ويسقط تسعة اعشار الدين .

(له) اى لزفر (ان يد الراهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك) اي قد تقرر الإستيفاء بهلاك الرهن وهو العبد المقتول (الا انه) اي ان العبد المقتول (اخلف بدلاً بقدر العشر ، فبقي الدين بقدره) اي بقدر عشر الدين .

(ولاصحابنا على زفر ان العبد الثاني قائم مقام الاول) أى مقام العبد الاول (لحما ودما) يعني صورة ومعنى ، اما صورة فظاهر ، واما معنى فلان القاتل كالمقتول فى الآدمية ، والشرع اعتبره حراما من حيث الآدمية دون المالية . ألا ترى الى استوائهما فى حق القصاص ، فكذا في الرفع أيضاً .

(ولو كان الاول قائماً وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا) أشار إلى قوله ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس إلى آخره (فكذلك إذا قام المدفوع) أى العبد المدفوع (مكانه) أي مكان العبد الأول .

(ولمحمد في الخيار أن المرهون تغير في ضمان المرتهن) لأنه غيره في الحقيقة والتغير لا بد من أن يوجب الخيار ، فإذا كان كذلك (فيخير الراهن كالمبيع) أي في العبد المبيع (إذا قتل قبل القبض) فدفع به العبد القاتل مكانه . (والمغصوب) أي وكان المغصوب (إذا قتل في يد الغاصب) يعني إذا غصب عبداً قيمته الف فقتله عبد قيمته مائة فدفع ..

ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الأول لحماً ودماً كما ذكرناه مع زفر ، وعين الرهن أمانة عندنا ، فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه . ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وأنه منسوخ ، بخلاف البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع . بخلاف الغصب ، لان تملكه بأداء الضمان مشروع ، ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف . وإذا قتل العبد الرهن قتيلا

(يخير المشتري) في مسألة البيع (والمغصوب منه) في مسألة الغصب والمشتري يتخير بين أن يأخذ المدفوع وبين أن يفسخ البيع لتغير المبيع ، وإن شاء أخذ المدفوع مكانه (كذا هذا) أي أن يخير الراهن في مسألة الرهن إذا تغير في ضمان المرتهن .

(ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف « رح » (أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحماً ودماً كما ذكرناه مع زفر « رح ») فلو كان الاول قائماً وتراجع سعره لم يكن له خيار كذلك هنا (وعين الرهن أمانة عندنا)كما مر في أول كتاب الرهن (فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه) أي بغير رضى المرتهن .

(ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي) رواه النبي عليه‌السلام بقوله لا يغلق الرهن (وانه منسوخ) أي الشرع نسخ ذلك ، فلا يجوز المصير إليه (بخلاف البيع) هذا جواب عن قياس محمد بالبيع ، بيانه أن القياس بالبيع في الخيار لا يصح (لأن الخيار فيه حكمه الفسخ ، وهو مشروع ، وبخلافه الغصب ، لأن تملكه من الغاصب بأداء الضمان مشروع) بخلاف ما نحن فيه .

(ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوى مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف المذكور) وقال الاترازي هذا تكرار لا محالة ، لأن وضع المسألة في الفصل الثالث ، وهو قوله فان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين

خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع ، لانـــه لا يملك التمليك . ولو فـــدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ، ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء ، لان الجناية حصلت في ضمانة ، فكان عليه إصلاحها . ولو أبى المرتهن أن يفدي قيل للراهن ادفع العبد أو أفده بالدية ، لان الملك في الرقبة قائم له ، وإنمـــا أبي المرتهن الفداء لقيام حقـــه . فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ، ومن حكمها

فلا حاجة بعد ذلك بعينه فهو على الخلاف . وقال الاكمل رحمه الله قيل في بعض الشروح هذا تكرار لا محالـــة . قلت أراد به الاترازي ، ثم ذكرنـــا إلى قولـــه فهو على الخلاف ، ثم قال وكذلك قال صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا تراجع السعر ، لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار ، وهو لازم عليه أيضاً ، وفي ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذى جاز قصبات السبق في التحقيق ، وإنما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا ، وهذه المسألة في صورة التراجع ولا تكرار به .

(وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجنـــاية على المرتهن) لأن العبد كله في ضمانه ودينه مستغرق لرقبته ، لأن المسألة فيما إذا كانت قيمته والدين سواء لأن قيمته لو كانت اكثر من الدين بعضها (وليس له أن يدفع) أى وليس للمرتهن دفع العبد (لانه) أى لان الرهن (لا يملك التمليك) لان الدفع تمليك الرقبة وهو لا يملك تمليكها .

(ولو فدى) أى لو فدى المرتهن (طهر المحل) بالطـــاء المهملة ، أي طهر العبد عن الجناية (فبقي الدين) في الرهن (على حاله ، ولا يرجع على الراهن بشيء من الفـــداء ، لان الجناية حصلت في ضمانه ، فكان عليه إصلاحها . ولو أبى المرتهن أن يفدي ، قيـــل للراهن ادفع العبد أو افده بالدية ، لان الملك في الرقبة قائم له) أى الراهن (وإنما أبى المرتهن الفداء لقيام حقه ، فلذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجنـــاية ومن

التخيير بين الدفع والفداء ، فإن اختار الدفع سقط الدين ، لانه استحق المعنى في ضمان المرتهن ، فصار كالهلاك ، وكذلك إن فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء . بخلاف ولد الرهن اذا قتل انساناً أو استهلك مالاً حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء في الابتداء ، لانه غير مضمون على المرتهن فإن دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين ، كما لو هلك في الابتداء ، وان فدى فهو رهن مع أمه على حالهما . ولو استهلك العبد المرهون مالاً يستغرق رقبته ، فإذا أدى المرتهن الذي لزم العبد

حكمها) اي من حكم الجناية (التخيير بين الدفع والفداء ، فان اختار الدفع سقط الدين ، لأنه) أى لان العبد (استحق المعنى) وهو الجناية (في ضمان المرتهن ، فصار كالهلاك) أى كهلاك العبد ، والجامع زوال ملك الراهن عن الرهن في ضمان المرتهن .

(وكذلك إن فدى) أى وكذلك يسقط الدين إن فدى (لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء) يعني إذا كان على المرتهن دين وقد أداه الراهن وجب على المرتهن مثل ما أدى إلى ولي الجناية ، وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصاً فيسلم الرهن للراهن ، ولا يكون متبرعاً في أداء الفداء ، لا انه يسعى في تخليص ملكه كعير الرهن .

(بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنساناً أو استهلك مالاً حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء في الابتداء) أى في أول الامر (لانه غير مضمون على المرتهن ، فان دفع) أى الراهن إلى المرتهن (خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين ، كما لو هلك في الابتداء) أى في أول الامر هلك بدون الجناية يخرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين (وإن فدى) أي الراهن (فهو) أي الابن (رهن مع أمه على حالهما) تبعاً لها .

(ولو استهلك العبد المرهون مالاً يستغرق رقبته ، فان أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد

فدينه على حاله كما في الفداء ، وان أبى قيل للراهن بعه في الدين الا أن يختار أن يؤدى عنه ، فان أدى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء . وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه ، لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية

فدينه على حاله كما في الفداء) أي كما ينبغي الدين على حاله إذا فداه (وإن أبى) أي المرتهن (قيل للراهن بعه) أي العبد (في الدين ، إلا أن يختار أن يؤدى شيئاً عنه) الدين (فان أدى بطل دين المرتهن) على الراهن (كما ذكرنا في الفداء) وهو قوله و كذلك إن فدى .

(وإن لم يؤد) أي الراهن (وبيع العبد فيه) أي في الدين (يأخذ صاحب دين العبد دينه ، لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية) وعلى حق ولي الجناية أيضاً ، حتى لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولي الجناية ولفظه وحق الجناية مجرور ، لانه عطف على دين المرتهن . وحاصل المعنى دين العبد مقدم على حق ولي الجناية أيضاً ، حتى لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في جناية المملوك في الديات ، قاله الكاكي . و كذا قاله الاكمل وتاج الشريعة .

وقال الاترازى قوله وحق ولي الجناية بالنصب أو بالرفع عطفاً على لفظ الدين ومحله ، معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن ، و كذلك حق ولي الجناية أيضاً مقدم على دين المرتهن ، لان كل واحد منهما مقدم على حق الولي فلانه مقدم على حق المرتهن أولى ، لان حق المالك أقوى ، ثم قال وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولي الجناية بالجر ، أي دين العبد مقدم على دين المرتهن ، ويقدم أيضا على حق ولي الجناية ، حتى لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولي الجناية ، ثم يباع للغرماء فالقول هذا في غاية الضعف ، لان المسألة التي استشهد بها يدفع كلامه ، لانه قال دين العبد مقدم على حق ولي الجناية ، وفي المسألة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء ، فانه مناقضة لا محالة .
قلت لراد بقوله وقال بعضهم في شرح الكاكي كما ذكر كلامه في اعراب وحق غير

لتقدمه على حق المولى، فإن فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن ، لأن الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فأشبه الهلاك ، وإن كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهناً كما كان . ثم إن كان دين المرتهن قد حل أخذه به ، لأنه من جنس حقه . وإن كان لم يحل أمسكه حتى يحل . وإن كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على أحد

موجه يعرف بالتأمل ، وأما اعتراضه عليه في المسألة المستشهد بها فلا وجه لانه يجيء.

(لتقدمه على حق المولى) أي لتقدم كل واحد منها من دين العبد ومن حق ولي الجناية على حق الولي ، كذا فسره الاترازي . وقال الكاكي أي لتقدم حق العبد على حق الولي يكون مقدماً على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية ، لأن المرتهن يقوم مقام الولي في المالية وولي الجناية مقام الولي في ملك العين ، وكذا فسره الاكمل « رح » ، والفرق بين التفسيرين بحسب تفسيرهم قوله وحق الجناية .

(فإن فضل شيء) أي من ثمن العبد الذي بيع (ودين غريم العبد) الواو فيه للحال (مثل دين المرتهن أو اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن ، لأن الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فأشبه الهلاك) أي هلاك العبد حيث يبطل دين المرتهن به .

(وإن كان دين العبد أقل) من دين المرتهن (سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد) لأن ذلك استحق بسبب كان في يد المرتهن (وما فضل من دين العبد يبقى رهناً كما كان) رهناً أو لا .

(ثم إن كان دين المرتهن قد حل أخذه به) أى بدينه (لأنه من جنس حقه) فلا معنى لحسن الدرهم بالدراهم فيستوفيه (وإن كان) أى دينه (لم يحل امسكه) أي أمسك الباقي (حتى يحل) دينه (فإن كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقي)

حتى يعتق العبد ، لأن الحــق في دين الإستهلاك يتعلق برقبته ، وقد استوفيت فيتأخر إلى ما بعد العتق . ثم إذا أدى بعده لا يرجع على أحد ، لانه وجب عليه بفعله . وإن كانت قيمــة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد ، يقال لهما أفدياه ، لأن النصف منه مضمون ، والنصف أمانة ، والفــداء في المضمون على المرتهن . وفي الأمانة على الراهن ، فإن أجمعا على الدفع دفعــاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا ، وإنمــا منه

من دينه (على أحد حتى يعتق العبد) فإذا اعتق رجيع عليه (لأن الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت) أى الرقبة قد استحقت بسبب كان في يده (فيتأخر) أي الدين الباقي (إلى ما بعد العتق ، ثم إذا أدى بعده) أى ثم إذا أدى العبد الباقي بعد العتق (لا يرجع) أى العبد (على أحد) بما أدى (لأنه وجب عليه بفعله) لأن الباقي وجب عليه بفعل نفسه .

(وإن كانت قيمة العبد ألفين وهو) أي العبد (رهن بألف وقد جنى العبد) جناية على النفس (يقال لهما) أي للراهن والمرتهن (افدياه ، لأن النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن) لأن النصف الجناية في الامانة يلزم المالك للرقبة كما يلزم المودع وحكمها في المضمون يتعلق بالراهن ، فلذلك قيــل لهما افديا افديا .

(فإن اجمعا على الدفع دفعاه) ولفظ دفعاه يجوز ، لأنه لدفع تمليك لا يملــك المرتهن ذلك ، وإنما معنى أن المرتهن رضي بالدفع حين امتنع من الفداء فدفع إلى الراهن واضاف الدفع اليهما ، لأنه تم باختيارهما ، وإن لم يقم بفعله كذا ذكر القدوري في شرحه (وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينــاه) إشارة إلى قوله لأنه لا يملك التمليك . وفي بعض النسخ لما ذكرنا (وإنما منه الرضى به) أي من المرتهن الرضى بالدفع وقد ذكرنا هذا من شرح القدوري آنفاً .

الرضا به . فإن تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدي راهناً كان أو مرتهناً . أما المرتهن فلأنه ليس في الفـــداء إبطال حق الراهن ، وفي الدفع الذي يختاره الراهن إبطال حق المرتهن ، وكذا في جناية ولد الرهن إذا قال المرتهن أنا أفدي له ذلك . وإن كـــان المالك يختار الدفع ، لأنه إن لم يكن مضموناً فهو محبوس بدينه ، وله في الفداء عوض صحيح ، ولا ضرر على الراهن ، فكان له أن يفدي . وأما الراهن فلأنه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا ، فكيف يختاره . ويكون المرتهن في الفداء متطوعاً في حصة الأمانة ، حتى لا يرجـــع على

(فإن تشاحا) أي الراهن والمرتهن فقال المرتهن أنا أفدي ، وقال الراهن أنا ادفـــع (فالقول لمن قال أنا افدي راهنا كان أو مرتهنا . أما المرتهن فلأنه ليس في الفداء إبطال حق الراهن ، وفي الدفع الذي يختاره الراهن إبطال حق المرتهن ، وكذا في جناية ولـــد الرهن) أي وكذا الحكم في جناية ولد الرهن (إذا قال المرتهن أنا أفدي له ذلـــك وإن كان المالك يختار الدفع) كلمة إن واصلة بما قبلها (لأنه) أي لأن الولد (إن لم يكن مضموناً فهو محبوس بدينه) أي بدين المرتهن ، أي وللمرتهن (وله في الفداء عوض صحيح) وهو أن يكون الولد رهناً كأصله ، وكذا قاله شيخي العلاء . وقال تاج الشريعة عوض صحيح ، أي حبس الرقبة لجانب الإستيفاء .

(ولا ضرر على الراهن) لأن المرتهن لم يرجع عليه بشيء (فكان له أن يفـــدي ، واما الراهن فلأنه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا) يعني به أن الرقبة ليست له ، فكيف يملكها من غيره وهو معنى قوله (فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفـــداء متطوعاً في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن) يعني إن كان الذي يختـــار الفداء هو المرتهن كان متطوعاً في حصة الامانة ، لأنه اختار مع تمكينه من الامتنـــاع لحصول الراهن ، فكان كالاجنبي (لأنه) أي لأن المرتهن (يمكنه أن لا يختاره) أي الفداء (فيخاطب الراهن)

الراهن ، لأنه يمكنه أن يحتاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعاً ، وهذا على ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يرجع مع الحضور ، وسنبين القولين إن شاء الله تعالى . ولو أبى المرتهن أن يفدي وفداه الراهن ، فإنه يجب على المرتهن نصف الفداء من دينه ، لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعاً ، ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين وإن كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء ، وكان العبد رهناً بما بقي ، لأن الفداء في النصف كان عليه ، فإذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه ، فيصير قصاصاً بدينه ،

لانه بعدما التزم المرتهن الفداء لا يتمكن الراهن من الدفع ، فتغير الفداء يخاطب به (فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعاً) أي فلما التزم الفداء المرتهن مع تمكينه الفداء يكون متبرعاً .

(وهذا) أي المذكور (على ما روي عن أبي حنيفة انه) أي أن المرتهن (لا يرجع مع الحضور) أي مع حضور الراهن أو كان غائباً (وسنبين القولين إن شاء الله تعالى) والقولان وهما قول أبي حنيفة وقول مخالفيه ، لانه المذكور بعد هذا ، فافهم ، أي بعد هذا بخطوط عند قوله (ولو أبى المرتهن أن يفدي وفداه الراهن) حاضر ، ولو أبى المرتهن أن يفدي وفداه الراهن (فإنه يجب على المرتهن نصف الفداء من دينه ، لان سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع ، فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعاً ، ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين أو اكثر بطل الدين) يعني ان موجب الجناية الدفع أوالفداء أو على التقديرين .

(وإن كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء ، وكان العبد رهنا بما بقي ، لان الفداء في النصف كان عليه ، فإذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه ،

كأنه أوفى نصفه ، فيبقى العبد رهناً بما بقي . ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع ، وإن كان غائباً لم يكن متطوعاً ، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين، لأنه فدى ملك غيره بغير أمره ، فأشبه الأجنبي . وله أنه إذا كان الراهن حاضراً أمكنه مخاطبته ، فإذا فداه المرتهن فقد تبرع كالأجنبي . فأما إذا كان الراهن غائباً تعذر مخاطبته ، والمرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون ، ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة ، فلا يكون متبرعاً . قال وإذا مات الراهن باع وصية الرهن وقضى الدين ، لأن الوصي قائم مقامه . ولو تولى الموصى حياً بنفسه كان له ولاية البيع بإذن

فيصير قصاصا بدينه ، كأنه اوفى نصفه ، فبقي العبد رهنا بما بقي ، ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع ،وإن كان غائبا) أي غيبة منقطعة ، ذكره في الاسرار (لم يكن متطوعا ، وهذا قول أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر « رح » المرتهن متطوع في الوجهين) أي الحضور والغيبة ، وبه قالت الائمة الثلاثة . وروي عن أبي حنيفة عكس هذا ، وهو الراهن إذا كان حاضراً لا يكون متطوعاً ، وإن كان غائبا يكون متطوعا (لانه فدى ملك غيره بغير امره ، فأشبه الاجنبي) .

(وله) أي ولابي حنيفة (انه إذا كان الراهن حاضراً امكنه مخاطبته ، فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي ، فأما إذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته ، والمرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون) وهو تظهير الرهن عند الجناية (ولا يمكنه ذلك إلا باصلاح الامانة) لان الفداء للمرتهن لا يجزيء لكونه غائبا (فلا يكون متبرعا حينئذ) .

(قال) أي القدوري (وإذا مات الراهن باع وصية الرهن وقضى الدين ، لان الوصي قائم مقامه . ولو تولى الموصى حيا) أي حال كونه حيا (بنفسه كان له ولاية

المرتهن ، فكذا الوصية . ولمن لم يكن له وصي نصب القاضي له وصياً وأمره ببيعه ، لأن القاضي نصب ناظراً لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم ، والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره . وإن كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز ، وللآخرين أن يردوه ، لأنه آثر بعض الغرماء بالإيفاء الحكمي فأشبه الإيثار بالإيفاء الحقيقي . فإن قضى دينهم قبل أن يردوه جاز ، لزوال المانع بوصول حقهم إليهم . ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز

البيع باذن المرتهن ، فكذا الوصية) أن يبيع باذن المرتهن وبلا إذنه لا يجوز ، لانه ولاء للوصي .

(وإن لم يكن له) أي للراهن الميت (وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه ، لان القاضي نصب ناظراً لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لانفسهم في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره . وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين) أي ولبقية الغرماء (أن يردوه ، لانه) أي لان الولي (آثر) أي اختار (بعض الغرماء بالايفاء الحكمي) يعني أن موجب عقد الرهن ثبوت يد الإستيفاء للمرتهن ، وليس للوصي أن يخص بعض الغرماء بذلك ، كذا قاله تاج الشريعة . وقال الحاكم الشهيد في الكافي لان في الرهن معنى ايفاء الدين من وجه على وجه طلب الحقيقة عند الهلاك ، والوصي لا يكون بمحل من ايفاء حق بعض الغرماء دون البعض لتعلق حقهم على السواء في التركة ، الا اذا قضى ديونهم قبل أن يردوه كما في الإيفاء الحقيقي ، وهذا الشرح لكلام المصنف قوله (فأشبه الإيثار بالإيفاء الحقيقي) فلا يجوز .

(فان قضى) أي الوصي (دينهم) أي دين الغرماء قبل أن يردوه (جاز لزوال المانع) وهو ايثارهم بالإيفاء الحكمي (بوصول حقهم اليهم ، فلو لم يكن للميت غريم

الرهن اعتباراً بالإيفاء الحقيقي وبيع في دينه ، لأنـــه يباع فيه قبل الرهن فكـذا بعده . وإذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجـل جاز ، لأنه استيفاء وهو يملكه ، قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى .

آخر) غير الغرماء المذكورين (جاز الرهن اعتباراً بالإيفاء الحقيقي ، وبيع فى دينه ، لانه يباع فيه قبل الرهن ، فكذا بعده) لانه لا مزاحم له .

(واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز ، لانه استيفاء) أي لان ارتهان الوصي من باب استيفاء الحقوق (وهو يملكه) أى الوصي بملك الإستيفاء ، لانه نصب لإستيفاء الحقوق وايفائها .

(قال) أى المصنف (في رهن الوصي تفصيلات ، نذكرها فى كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى) قال الاترازي هذه حوالة غير رائجة ، لان رهن الوصي لم يذكره فى كتاب الوصايا فضلاً عن تفصيلاته ، ثم طول الكلام فيه ، وملخصه أن الورثة اذا كانوا كلهم كباراً حضوراً لا يجوز ، وان كانوا صغاراً و كباراًان كان الكبار حضوراً أملك بدين على الميت في قول أبي حنيفة . وعندهما لا يصح . وإن كان بدين استدانـه عليهم وعلى الصغار لم يصح فى حق الكل بالإجماع ، سواء كان الكبار حضوراً أوغيبا . وان كان بدين على الميت فلا يكون النظر واقعا للميت ، بل يقع للوارث فلا يستقيم اثبات الولاية على غيره بتقدير النظر فى حقه . ولو كان الرهن بدين استدانه فى بقية الرقيق فالجواب فيه كالجواب فيما اذا كان الرهن بدين على الميت .

* * *

(فصـــل)

قال ومن رهن عصيراً بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلاً يساوي عشرة فهو رهن بعشرة ، لأن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن ، اذ المحلية بالمالية فيهما ، والخمر وان لم يكن محلاً للبيع ابتداء فهو محل له بقاء ، حتى أن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض يبقى العقد ، إلا أنه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع ، بمنزلة ما اذا تعيب

(فصل)

أى هذا فصل في بيان المسائل المتفرقة التي نذكرها في اواخر الكتب .

(قال) أى قال محمد في الجامع الصغير (ومن رهن عصيراً بعشرة قيمتـــه عشرة فتخمر) أى صار خمراً (ثم صار خلاً يساوي عشرة فهو رهن بعشرة) لكن هذا إذا لم ينقص من مقداره بالتخمر ، والغالب النقصان ، فإذا انتقص سقط من الدين بقدره ، وإذا انتقص سعره لا مقداره لا يسقط شيء من الدين ، ولكن الراهـن يتخير ، كما إذا انكسر القلب إن شاء افتكه ناقصاً بجميع الدين ، وإن شاء ضمنه قيمته ، ويكون قيمته رهناً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وعند محمد إن شاء افتكه ناقصاً ، وإن شاء افتكه بالدين ، وإن لم ينقص قيمته لا يخير فيه ، فيبقى رهناً كما كان ، لأنه لا ضرر في الجبر على الفكاك (لأن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن إذ المحليـــة بالمالية فيهما) أى في البيع والرهن .

(والخمر وإن لم يكن محلاً للبيع ابتداء فهو محـــل له بقاء ، حتى أن من اشترى عصيراً فتخمر قبـــل القبض يبقى العقد) أى لا ينقض (إلا انه) أى ان المشتري (يتخير في البيع لتغير وصف المبيع ، بمنزلة ما إذا تعيب) المبيع قبل القبض .

والحاصل هنا أن رهن العصير جائز لبيعه بلا خلاف ، فإذا تخمر وهما مسلمان يفسد الرهن بلا خلاف ، فاذا فسد الرهن فللمرتهن أن يخللها وليس للراهن أن يبيعه بالاسترداد

ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهماً فهو رهن بدرهم ، لأن الرهن يتقرر بالهلاك ، فإذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره ، بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها ، حيث لا يعود البيع ، لأن المبيع ينتقص بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود . أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه . ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع ويقول يعود البيع .

فان خللها المرتهن أو صارت خلاً فقد عادت المالية ويعود حكم الرهن عندنا ، وبه قال مالك . وعند الشافعي وأحمد لا يجوز بالتخليل ، ويعود بأن صارت خلاً بنفسه . ولو كانا كافرين يبقى الرهن بتخمره لبقاء ماليته عندهما . ولو كان الراهن مسلماً أو المرتهن كافراً فتخمر يفسد الرهن . ولو كان الراهن كافراً والمرتهن مسلماً فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله ، وليس للمسلم أن يخللها لبقاء المالية في حق الراهن .

(ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهماً فهو رهن بدرهم ، لأن الرهن يتقرر بالهلاك) لأن المرتهن يصير مستوفياً بالهلاك وبالإستيفاء تأكد عقد الرهن . وقوله فهو رهن بدرهم معناه إن كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهماً . وأما إذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين ، ويعرف ذلك بأن ينظر إلى قيمة الشاة حية ومسلوخة ، فان كانت قيمتها حية عشرة ، وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الإرتهان درهماً . وإن كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين .

(فاذا حيي بعض المحل) بأن عادت المالية بالدباغ (فيعود حكمه بقدره) يعني يسقطه (بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع ، لأن المبيع ينقض بالهلاك) أى بهلاك المبيع (قبل القبض ، والمنتقض لا يعود ، أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه) أشار به إلى قوله لأن الرهن يتقرر بالهلاك فيما مضى بسطرين.

(ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع ويقول يعود البيع) كالرهن .

قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف ، لأنه متولد من ملكه ، ويكون رهناً مع الأصل لأنه تبع له والرهن حق لازم فيسري إليه فإن هلك يهلك بغير شيء

(قال) أي القدوري (ونماء الرهن للراهن) أي الزيادة الحاصلة في الرهن للراهن وقد بين المصنف ذلك بقوله (وهو مثل الولد) أي بأن كان الرهن أمة فولدت ولداً (والثمر) بأن كان الرهن شجراً فظهرت فيه ثمرة (واللبن) بأن كان الرهن حيواناً من ذوات الالبان (والصوف) بأن كان الرهن غنما فنمى فيه صوف ، أو جملاً فنمى فيه وبر ونحو ذلك، فذلك كله رهن مع الاصل (لأنه متولد من ملكه) أي من ملك الراهن (ويكون رهنا مع الاصل ، لأنه) أي لأن المتولد (تبع للأصل ، والرهن حق لازم) يعني مستنفر في العين (فيسري اليه) أي فيسري التبع إلى الاصل .

(فان هلك) أي النماء (يهلك بغير شيء) والرهن على حاله بجميع الدين . وفي المحيط والمبسوط الاصل عندنا أن كل ما يتولد من عين الرهن كالولد والتمر يسري حكم الرهن اليهم . وكذا كل ما كان بدل جزء منه وما كان بدل المنفعة أو به لا يتولد منه كالعلة ، والكسب لا يسري حكم الرهن اليه ، وبقولنا قال الثوري. وقال أحمد المتولد منه وما حدث منه بسبب حادث كالغلة والكسب يدخل الكل ، وهو قول النخعي والشعبي . وقال مالك يدخل الولد خاصة دون غيره . وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر لا يدخل شيء في الرهن من النماء المنفصل ولا من الكسب لحق الجناية ، حتى قال الشافعي « رح » لو رهنه ماشية مخاضا فنتجت فالنتاج خارج من الرهن ، وخالف أبو ثور وابن المنذر .

فان قلت احتجوا بقوله ﷺ لا يغلق الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه ، والنماء غنم فيكون من الراهن . قلت قد ذكرنا تأويله فيما مضى ، ولئن سلم فنقول به إن النماء ملكه ، لكن حق المرتهن متعلق به وله حبسه ، حتى يستوفي جميع حقه من الدين ولا سبيل للراهن عليه قبل ذلك ، ولهذا قالت الفقهاء الاوصاف القارة في الامهات تسرى إلى الاولاد والرهن من الاوصاف القارة في الامهات ، فتسرى إلى الاولاد .

ولا يلزم على هذا الأصل ولد المغصوبة وولد المشاجرة وولده المنكوحة وولد الموصى بها

لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل ، لانها لم تدخل تحت العقد مقصوداً ، إذ اللفظ لا يتناولها . وإن هلك الأصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك ، لأن الرهن يصير مضموناً بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك إذا بقي إلى وقته والتبع يقابله شيء إذا صار

بالخدمة وولد الجانية وولد التي تثبت حق الزكاة بعد الحول . وكذا ولد التي كفلت حيث لا تسرى هذه الاحكام إلى الولد ، لأن المراد من الاوصاف الاوصاف الزانية فى الام لكونها بقيمة وحرة وقنذومدبرة ومكاتبة ومرهونة لا الاوصاف التي تثبت فى ذمتها كا في كفالة الحر ولا في ذمة مالك الام كا في الزكاة وأن يكون الولد هنا [1] لكان حكم ذلك الوصف كالبيع والتحرير والكتابة والتدبير والرهن ، أما الولد لا يثبت فيه حكم الغصب عندنا ، وكذا لا يقبل حكم الإجارة ، لأن حكم المتاجر في المنفعة لا في العين ، وكذا ولد المنكوحة لا يقبل الحل في حق الزوج ، وكذا ولد الموصى بخدمتها لا يكون صالحاً للخدمة حتى ينفصل ، وكذا ولد الجناية والدفع به غير لازم .

(لأن الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل ، لأنها لم تدخل تحت العقد مقصوداً) أى بلفظ العقد (إذ اللفظ لا يتناولها) أى الاتباع ، وذلك كولد المبيع فإنها تصير مبيعاً تبعاً ، فلا يكون له حصة في الثمن ، إلا إذا صار مقصوداً بالنص ، فكذا في الرهن إذا صار مقصوداً بالفكاك ، فلا يكون له حصة من الضمان قبله . كذا في الإيضاح وغيره .

(وإن هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض ، وقيمة النماء يوم الفكاك ، لأن الرهن يصير مضموناً بالقبض ، والزيادة تصير مقصوداً بالفكاك إذا بقي إلى وقته) أى وقت الفكاك (والتبع يقابله شيء إذا صار مقصوداً كولد المبيع) صورته المبيعة إذا ولدت ولداً في يد البائع قبل التسلم إلى المشتري ثم

---

(١) هنا صالحاً فحكم – هامش .

مقصوداً كولد المبيع ، فما أصاب الأصل يسقط من الدين ، لأنه يقابله الأصل مقصوداً ، وما أصاب النماء أفتكه الراهن لما ذكرنا ، وصور المسائل على هذا الأصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتمامه في الجامع والزيادات .

قبضها المشتري يكون الولد مقصوداً بالقبض ، ويقسم الثمن على الام والولد وفائدته لو هلكت الام أو الولد قبل التسليم يسقط بحصته من الثمن .

(فما أصاب الاصل يسقط من الدين لأنه يقابله الاصل مقصوداً ، ومـا أصاب النماء افتكه الراهن) أى بما أصاب النماء (لما ذكرنا) أشار به إلى قوله تصير مقصودة بالفكاك. وقال الكرخي ويقسم الدين على قيمة الرهن يوم وقع عليه العقد ، وعلى ما نمى منه يوم يفتكه هذه حقيقة القسمة ، وما وقع من القسمة قبل ذلك فإنما هو على الظاهر إلى أن ينظر ما يؤول إليه قيمة النماء يوم الفكاك . فإن كانت قيمته زائدة يوم الفكاك ، فصارت العين سعراً وبدين كان في الولد ثلث الدين وفي الام ثلث ، فلو كانت لما ولدت الولد قيمته مثل قيمتها وإن كانت أعورت بعد الولادة ، أو كانت اعورت قبلها ذهب من الدين بعورها ربعه مائتان وخمسون .

فإن مات الولد وقد اعورت الام قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين ، فان اعور الولد لم يذهب بعوره شيء ، فان كانت الام اعورت قبل الولادة أو بعدها أو قبل اعورار الولد أو بعده ذهب بعورها أيضاً ثلث الدين ، لأن قيمتها يوم العقد ألف وقيمة الولد يوم الفكاك وهو اعور خمسمائة وفيه ثلث الدين وفيها ثلث الدين ، فلما اعورت ذهب نصف ما فيها وهو ثلث الدين ويفتكها وولدها بثلث الدين .

(وصور المسائل على هذا الاصل) يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتها يوم القبض والفكاك (تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهي ، وتمامه في الجامع والزيادات) وفي ذلك كثرة وتطويل ، فأعرض عنها المصنف هاهنا . قال الاكمل وتابعناه في ذلك . قلت نحن أيضاً تابعناه ، لأن المقصود من شرح هذا الكتاب حل ألفاظه وبيان صورة مسائله ،

ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة ، وقال الراهن للمرتهن أحلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك أما الإباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر، لأنها إطلاق وليس بتمليك فتصح مع الخطر . ولا يسقط بشيء من الدين ، لأنه أتلفه بإذن المالك فإن لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة . فما أصاب الشاة سقط ، وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن ، لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن ، والفعل حصل بتسليط من قبله ، فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه فكان مضموناً عليه ،

وليس المقصود أن يذكر فيه ما ذكره المتقدمون من المجمل والمفصل .

(ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة ، وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك . أما الإباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر) أراد بالشرط قوله فما حلبت فان كلمة ما تضمنت معنى الشرط، ولهذا دخلت الفاء في جرها، كما في قوله تعالى ﴿وما بكم من نعمة فمن الله﴾ ٥٣ النحل (لأنها) أى الإباحة (إطلاق ، وليس بتمليك فتصح مع الخطر ، ولا يسقط بشيء من الدين ، لأنه اتلفه باذن المالك) وفيه إشارة إلى انه لو اتلفه بغير إذنه ضمن ، وكانت القيمة رهناً مع الشاة . وكذلك لو فعل الراهن ذلك بدون إجازة المرتهن ، وبه قالت الائمة الثلاثة إلا أحمد في رواية عنه انه لو حلبه بعوض فنقصه فانه لا يحتسب عليه .

(فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما أصاب الشاة سقط ، وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن، لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن ، والفعل حصل بتسليط من قبله) أى من قبل الراهن (فصار كأن الراهن أخذه واتلفه فكان مضموناً عليه ، فيكون رخصة من

فيكون له حصته من الدين فبقي بحصته ، وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن في أكله ، وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس . قال وتجوز الزيادة في الرهن ، ولا تجوز في الدين عند أبي حنيفة ومحمد ، ولا يصير الرهن رهناً بها . وقال أبو يوسف تجوز الزيادة في الدين أيضاً . وقال زفر والشافعي لا تجوز فيهما . والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء ، وقد

الدين ، فبقي بحصته) فان كانت قيمة اللبن خمسة صار بإضافة ثلث الدين، فيسقط ثلث الدين بهلاك الشاة ، ويؤدي ثلثه .

(وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن في أكله ، وكذلك جميع النماء الذى يحدث على هذا القياس) يعني إن كان باذن الراهن لا يضمن ، وإن كان بغير إذنه يضمن ، ولا يعلم فيه خلاف ، ويكون ضمانه رهناً عندنا .

(وقال) أى القدوري (وتجوز للزيادة في الرهن) صورته أن يرهن ثوباً بعشرة قيمته عشرة ، ثم زاد الراهن ثوباً ليكون رهناً مع الاول بعشرة ، وبه قالت الائمة الثلاثة (ولا تجوز في الدين عند أبي حنيفة ومحمد « رح ») وبه قال الشافعي في الجديد (ولا يصير الرهن رهناً بها) أى بالدين .

(وقال أبو يوسف « رح » تجوز الزيادة في الدين أيضاً) بأن رهن عبداً بألف ثم حدث للراهن دين آخر بالشراء والاستقراض ، فيجعلان العبد رهناً بالدين القديم والحادث ، وبه قال مالك والشافعي رحمهما الله في القديم ، واختاره المزني . وعن بعض اصحابه أن للشافعي قولين كالقديم .

(وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز فيهما) أى زيادة الرهن في الرهن وزيادة الدين في الدين (والخلاف معهما) أي مع زفر والشافعي رحمهما الله (في الرهن والثمن والمثمن) أما الخلاف في الرهن ، أى في الزيادة في الدين فيه الخلاف أيضا (والمهر

ذكرناه في البيوع . ولأبي يوسف في الخلافية الأخرى أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيـــع ، والرهن كالثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع . والجامع بينهما الإلتحاق بأصل العقد للحاجـــة والإمكان . ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن ، وهو غـــير مشروع ، والزيادة في الرهن توجب الشيوع

والمنكوحة سواء) قوله سواء خبر، أعنى قوله والخلاف بينهما، أى وفي المهر والمنكوحة الخلاف أيضا ، صورة زيادة المنكوحة رجل زوج أمته من رجل بمهر مقدر ، ثم زوجه أمة أخرى بذلك المهر وقبل الزوج يصح ، ويقسم الالف عليهما عندنا .

وقال الكاكي ولو قال المولى زوجتك أمة أخرى تلك الالف لا يجوز ، كذا وجـــد بخط العلامة حافظ الدين . وفي النهاية وفي الاسرار ما يدل على جوازه . وقال الاكمل عن حميد الدين الضرير أنه قال يجوز أن يكون مرادهم من قولهـــم لا يجوز الزيادة في المنكوحة أن يقول المولى رددت لك أمة أخرى بذلك المهر . أما لو قال زوجتك هذه الامة الاخرى بذلك المهر لزم أن يصح (وقد ذكرناه في البيوع) أى في الفصل الذي ذكره في المرابحة والتولية .

(ولابي يوسف « رح » في الخلافيـــه الاخرى) أي مسألة الزيادة في الدين (أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن ، فتجوز الزيادة فيهما) أي في الدين والرهن . (كما في البيع) أى كما تجوز الزيادة في الثمن والمبيع في البيع (والجامع بينهما) أى بين الرهن والبيع في الزياد فيهما (الإلتحاق بأصل العقد للحاجة) فيهما إلى مال آخر فيأخذه من المرتهن فيجعلانه رهنا (والامكان) أى وللإمكان في الإلحاق بأصل العقد ، لأن العقد بعد الإلحاق مغير إلى اصل مشروع بأن يصير قيمة الرهن مثل الدين أو اقل ، فانه مشروع في الابتداء ، فكذا إذا تغير في الانتهاء .

(ولهما) أى ولابي حنيفة ومحمد « رح » (وهو القياس) أى وقولهما القيـــاس (أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب

في الدين ، وهو غير مانع من صحة الرهن . ألا ترى أنه لو رهن عبداً بخمسمائة من الدين جاز . وإن كان الدين ألفاً وهـــذا شيوع في الدين ، والإلتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين ، لأنه غير معقود عليه ، ولا معقود به ، بل وجوبه سابق على الرهـــن . وكذا يبقى بعد انفساخه ، والإلتحاق بأصل العقد في بدلي العقد ، بخلاف البيع ، لأن الثمن بدل يجب بالعقد ، ثم إذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمـــة الأول

الشيوع في الدين ، وهو غير مانع من صحة الرهن . ألا ترى أنه لو رهن عبداً بخمسمائة من الدين) الذي هو الف جاز ، ولو رهن ثوباً بعشرين ، نصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم يصح ، وهنا شيوع في الدين (جاز) .

(وإن كان الدين الفاً وهذا شيوع في الدين والإلتحاق بأصل العقـــد) هذا افساد للجامع الذى ذكره أبو يوسف ، بيانه أن الإلتحاق بأصـــل العقد (غير ممكن في طرف الدين ، لأنه) أى لأن الدين (غير معقود عليه،ولا معقود به ، بل وجوبه) أى وجوب الدين (سابق على الرهن . وكذا يبقى بعد انفساخه) أى الرهن (والإلتحـــاق بأصل العقد في بدلي العقد) هذا جواب عن قول أبي يوسف « رح » ، يعني أن الإلتحاق بأصل العقد إنما يكون فيما هو المعقود عليه كالبيع ، أو معقود به كالثمرة ، ولهذا جـــازت الزيادات في الرهن إلحاقاً بأصل العقد ، لأنه معقود عليه ، والدين غير معقود ، وعليـــه عقد الرهن . ولهذا لا يسقط بفسخ الرهن ، ولهذا لم يجز الزيادات في الدين .

(بخلاف البيـع ، لأن الثمن بدل يجب بالعقـــد ، ثم إذا صحت الزيادة في الرهن ، وتسمى هذه زيادة قصدية) أى بخلاف نماء الرهن ، فإنه ليس بزيادة قصدية ، بل قيمته ، فلهذا اختلفا حكما ، وقوله (يقسم الدين) جواب ، أما قوله وتسمى هذه زيادة قصدية معترضة بينهما ، أى يقسم الدين (على قيمة الاول) وفي بعض النسخ على قيمة الاصل

يوم القبض ، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت ، حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة ، وقيمة الأول يوم القبض ألفاً ، والدين ألفاً يقسم الدين أثلاثاً في الزيادة ثلث الدين . وفي الأصل ثلثا الدين اعتباراً بقيمتهما في وقتي الإعتبار ، وهذا لأن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض ، فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض . وإذا ولدت المرهونة ولداً ثم أن الراهن زاد مع الولد عبداً وقيمة كل واحد ألف ، فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه ، وعلى العبد الزيادة ، لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم . ولو كانت الزيادة مع الأم يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد ، وعلى قيمة الزيادة يوم القبض ، فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها ، لأن الزيادة دخلت على الأم . قال فإن رهن عبداً يساوي

(يوم القبض ، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت ، حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة ، وقيمة الاول يوم القبض الفاً والدين الفاً يقسم الدين اثلاثاً في الزيادة ثلث الدين . وفي الاصل ثلثا الدين اعتباراً بقيمتها في وقتي الاعتبار) وهما وقت القبض .

(وهذا) توضيح لما قبله (لأن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض ، فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض) ثم ذكر على سبيل التفريع . قوله (وإذا ولدت المرهونة ولداً ثم أن الراهن زاد مع الولد عبداً وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة ، لأنه جعله زيادة مع الولد دون الام . ولو كانت الزيادة مع الام) أن قال رهنتك هذا العبد مع الام (يقسم الدين على قيمة الام يوم العقدوعلى قيمة الزيادة يوم القبض ، فما أصاب الام قسم عليهاوعلى ولدها ، لأن الزيادة دخلت على الام) قال الكرخي ولم يزد الغلام مع الام وزاده مع ولده هذه زيادة في الولد

ألفاً بألف ثم أعطاه عبداً آخر قيمته ألف رهناً مكان الأول فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن في الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول ، لأن الأول إنما دخل في ضمانـــه بالقبض والدين ، وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض ما دام الدين باقياً ، وإذا بقي الأول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه ، لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما ، فإذا رد الأول دخـــل الثاني في ضمانه. ثم قيل يشترط تجديد القبض ، لان يـــد المرتهن على الثاني يد أمانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان ، فلا ينوب عنه ، كمن له

بهاء في عتق الولد من الرهن ، ثم زاد الولد حتى صار يساوي الفين كان هو والغلام رهنـاً بثلثي الالف . فإن مات الولد صار الغلام رهناً بغير شيء ورده على الراهن .

ولو ماتت الام وبقي ولدهـــا وقيمته الف مثل قيمة الام فإن الام تذهب بمائتين وخمسين ، وذلك لأن الدين انقسم فيها ، وفي الزيادة نصفين فاصابهـــا خمسمائة فانقسمت فيها وفي ولدها نصفين . ولو زادت قيمة الام ثم يعتبر ما في الزيادة ولم ينقص ذلـــك ، ولم يزد .

(قال) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير (فإن رهن عبداً يساوي الفاً بالف ثم اعطاه عبداً آخر قيمته الف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن في الآخر امين حتى يجعله مكان الاول ، لأن الاول إنما دخـل في ضمانه بالقبض والدين ، وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض) وهـــذا احتراز عن الإبراء على ما يجيء ، فان الإبراء يرتفع بالضمان ، وإن لم ينقض القبض بالرد إلى الراهن (ما دام الدين باقيا ، وإذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه ، لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما ، فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه) .

(ثم قيل يشترط تجديد القبض ، لأن يد المرتهن على الثـاني يد أمانة ، ويد الرهن يد

على آخر جياد فاستوفى زيوفاً ظنها جياداً ثم علم بالزيافـــة وطالبه بالجياد وأخذها ، فان الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض ، وقيل لا يشترط ، لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة . ولان الرهن عينـــه أمانة ، والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحساناً خلافاً لزفر،لان الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود ، كما في الدين الموعود .

استيفاء وضمان ، فلا ينوب عنه ، كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيــاداً ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجـــدد القبض ، وقيل لا يشترط) أي تجديد القبض (لأن الرهن تبرع كالهبــة على ما بيناه من قبل) أي في صدر الكتاب (وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة . ولأن الرهن عينـــه أمانة والقبض يرد على العين) أي قصداً ، وعلى المالية ضمنا (فينوب قبض الامانة عن قبض العين) .

وقوله أي(ولو أبرأ المرتهن الراهن) إلى آخر كتــاب الرهن ، ذكرت على سبيل التفريع (عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر « رح ») هو القياس لأن الضمان في باب الرهن إنما يجب باعتبار القبض وهو قائم ، فلأن ما بعد الإبراء وقبله سواء ، ولهذا كان مضمونا بعد الإستيفـاء . وإن لم يبق الدين بعد قوله (لأن الرهن مضمون بالدين) دليل اصحابنا وبه قالت الائمة الثلاثـــة ، بيانه انه لما كان مضموناً بالدين فات بالإبراء .

(أو بجهته) دليل آخر ، أي أو الرهن مضمون بجهة الدين (عنـــد توهم الوجود كما في الدين الموعود) أي عند وجود الدين، كما إذا قبض الرهن ليقرضه فهلك قبل الإقراض

ولم يبق الدين بالإبراء أو الهبة ولا جهته لسقوطه ، إلا إذا أحدث منعاً ، لأنه يصير به غاصباً إذا لم تبق له ولاية المنع . وكـــذا إذا ارتهنت المرأة رهناً بالصداق فأبرأته أو وهبتـــه أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول ، أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هـــذا كله ولم تضمن شيئاً لسقوط الدين كما في الإبراء .ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن أو بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ،ويجب عليـــه رد ما استوفى إلى ما استوفى منه ،وهو من عليه أو المتطوع ،بخلاف الإبراء .ووجه الفرق

هلك مضمونا (ولم يبق الدين بالإبراء أو الهبة) أي بسببها (ولا جهته) أي في جهـــة الدين (لسقوطه) أي لسقوط الدين ، قيـــد به لأن الدين بالإستيفاء ينتهي ولا يسقط كما يجيء .

(إلا إذا أحدث) جواب عما يقال سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان ، فانه إذا طالبه الراهن ومنع المرتهن بعد الإبراء فانه يضمن وقد سقط الدين ، وبيان الجواب بقوله إلا إذا أحدث (منعا ، لأنه يصير به غاصبا إذا لم تبق ولاية المنع ، وكـــذا) أي الحكم (إذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول ، أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله) أي في هذا المذكور كله (ولم تضمن) أي المرأة (شيئا لسقوط الدين ، كما في الإبراء) أي كما لا تضمن في الإبراء .

(ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن أو بايفاء متطوع ثم هلـك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه) أي على المرتهن (رد ما استوفى إلى ما استوفى منه ، وهو من عليه أو المتطوع) وقال زفر « رح » والائمة الثلاثة لا يجب عليه ذلك ، لأن الرهن بعد الإستيفاء أمانة في يده (بخلاف الإبراء) يعني في صورة الإبراء يهلك بغير شيء .

أن بالإبراء يسقط الدين أصلاً كما ذكرنا ، وبالإستيفاء لا يسقط لقيام الموجب ، إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة ، لأنه يعقب مطالبة مثله فأما هو في نفسه فقائم ، فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول فانتقض الاستيفاء الثاني . وكذا إذا اشترى بالدين عيناً أو صالح عنه على عين ، لأنه استيفاء . وكذلك إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين ، لأنه في معنى البراءة بطريق الأداء ، لأنه يزول به عن ملك المحيل

(ووجه الفرق) أي بين هلاك الرهن بعد استيفاء الدين حيث يهلك بالدين ، وبين هلاكه بعد الإبراء حيث يهلك بغير شيء (ان بالإبراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا ، وبالإستيفاء لا يسقط لقيام الموجب) للضمان ، وهو قبض الرهن (إلا أنه) أي غير أنه (يتعذر الإستيفاء) أي الإستيفاء المرتهن (لعدم الفائدة) لأنه لما استوفى ثانيا يطالبه الراهن بمثله ،وهو معنى قوله (لأنه يعقب مطالبة مثله ، فأما هو) يعني تعدد الإستيفاء (في نفسه فقائم ، فاذا هلك) يعني الرهن (يتقرر الإستيفاء الاول) وهو الإستيفاء الحكمي ، فأما هو، أي الدين باستيفاء حكم الإستيفاء إلى وقت قبض الرهن (فانتقض الإستيفاء الثاني) وهو الإستيفاء الحقيقي لئلا يتكرر الإستيفاء .

(وكذا إذا اشترى بالدين عينا أو صالح عنه على عين) هذا معطوف على قوله ولو استوفى المرتهن الدين ، إلى قوله ويجب عليه رد ما استوفى ، يعني إذا اشترى المرتهن بالدين عينا من الراهن سقط الدين عن المرتهن بطريق المقاصة ، ويجب على المرتهن رد الرهن على الراهن ، فلو هلك قبل أن يرده يجب عليه رد قيمته وكذا إذا صالح المرتهن مع الراهن عن الدين على عين يجب عليه رد الرهن إن كان قائما وقيمته إن هلك بعد الصلح (لأنه) أي لأن الصلح عن الدين على العين (استيفاء) للدين .

(وكذا إذاأحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين ، لأنه في معنى البراءة) أي لان الحوالة على تأويل عقد الحوالة ، وإنما قال في

مثل ما كان له على المحتال عليه ، أو ما يرجع عليه به إن لم يكن للمحيل عليه دين ، لأنه بمنزلة الوكيل . وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامـــه فتكون الجهة باقية ، بخلاف الابراء ، والله أعلم .

معنى الإبراء إشارة إلى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه ، فكان ينبغي أن يكون معنى الإبراء فيهلك امانة . ووجـــه ذلك ما اشار اليه أن الحوالة وإن كانت إبراء لكنها (بطريق الاداء) دون الإسقاط (لانــه يزول به) أي بعقد الحوالة (عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه) أي أو يزول ما يرجـع ، أي المحتال (به إن لم يكن المحيل على المحتال عليه دين) أى على المحيل في المال (لانه) أى لان المحتال عليه (بمنزلة الوكيل) بقضاء الدين عن المحيل .

(وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه) يعني بعد التصادق على عدمه بجواز أن يتذاكرا ، ووجوبـه بعد التصادق على انتفائه (فتكون الجهة باقية) وضمـــان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب (بخلاف الإبراء ، والله أعلم) هذا راجع إلى قوله ولو استوفى في ذلك ، لأنه من ثمـــة إلى هاهنا بعوض على جواب الإستحسان في صورة الإبراء ، والاولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية .

وقال الاترازي قوله بخلاف الإبراء يتصل بقوله يهلك بالدين،يعني أن المرتهن إذا أبرأ الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يده هلك بغير شيء .

فروع : اختلفا في قيمة الرهن بعد الهلاك فالقول للمرتهن ، وبه قالت الائمة الثلاثة في صورة ضمان الرهن أن يفدي المرتهن في الرهن . ولو اختلفا في قدر الدين بأن يقول الراهن رهن بألف ، ويقول المرتهن بألفين فالقول للراهن ، وبه قال الشافعي واحمد وأبو ثور والنخعي والثوري والبستي « رح » . وقال مالك رحمه الله القول للراهن ما لم يجاوز الثمن الرهن أو قيمته ، وبه قال الحسن وقتادة . ولو اختلفـــا في قدر الرهن بأن يقول

المرتهن الرهن بهذان العبدان ، وقال الراهن احدهما بعينه فالقول للراهن ، ولا نعلم فيه خلاف .

وكذلك لو اختلفا فى رد الرهن فالقول للمرتهن بلا خلاف ، لأنه ينكر ، والقول له مع اليمين . ولو اعتق الراهن المرهون وادعى أنه اعتقه باذن المرتهن ، والراهن ينكر ، فالقول للمرتهن . ولو قال الراهن رهن بالدين المؤجل وقال المرتهن بل للحال فالقول للراهن ، كما لو أنكر أصل الدين . ولو كان لاحدهما بينة حكم بها بلا خلاف في جميع هذه المسائل .



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الجنايات

(كتاب الجنايات)

أي هذا كتاب بيان أحكام الجنايات ، وهي جمع جناية ، وهي لغة إسم لما يجنيه من شر أي يكسبه ، تسمية بالمصدر إذ هي في الأصل مصدر جنى عليه شرا ، واصله من جنى الثمر وهو أخذه من الثمر ، وهو عام ، إلا أنه خص بما يحرم من الفعل شرعاً سواء جنى بنفس ، أو بمال .

ويراد باطلاق الجناية عند الفقهاء ، فعل حل في النفس أو الطرف . وقال شيخ الإسلام : الجناية على النفس يسمى قتلاً ، وفيما دون النفس قطعاً وجرحاً .

والقتل فعل مضاف إلى العباد بحيث يزول به الحياة ، وزوال الحياة بدون قتل العباد يسمى موتاً . وسببها سبب الحدود ، وشرطها كون المحل حيواناً ، ولما كان ملاك الولاية الدينية والدنيوية والرياسة الإحسان أتى إلى العدل والسياسة . فإن بالإحسان يستعبد الإنسان وترفع التباغض والعدوان . وبالسياسية تزجر السفهاء عن الطغيان ، وبالعدل يستقيم الملك وتعمر البلدان .

كان شرع أحكام الجنايات من معظم معاقد الأمور ، فاتبعها المصنف «رح» بالعبادات والمعاملات وأخرجها لأنها ترجع إلى العارض . فأوردها عقيب الرهن إذ كل واحد للوقاية والصيانة ، فإن الرهن وثيقة لصيانة المال عن الهلاك ، فكذا حكم الجناية مشروعة لصيانة المكلف عن الهلاك .

قال القتل على خمسة أوجه عمـد، وشبه عمد ، وخطأ ، وما أجري مجرى الخطأ ، والقتل بسبب . والمراد بيان قتل تتعلق به الأحكام

قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أوما أجري مجرى السلاح كالمحدود من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار

(قال) أي القدوري (القتل على خمسة أوجه ، عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، ومـا أجرى مجرى الخطأ ، والقتل بسبب) إلى هنا لفظ القدوري ، وقال المصنف (والمراد) أي مراد القدوري (بيان قتل تتعلق به الأحكام) قيد به لأن أنواع القتل أكثر من خمسة، وقد ذكر في مبسوط شيخ الإسلام : أنواع القتل أكثر من خمسة ، من رجم ، وقصاص ، وقتل حربي ، وقتل لقطع الطريق ، وقتل المرتد .

فعلم أن المراد به القتل الموجب للضمان وهو خمسة ، وفي الأصل : القتل على ثلاثـة أوجه : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ . ونقل الطحاوي والكرخي في مختصريها هـذه العبارة . وقال صاحب النافـع : القتل على أربعة أوجه ، عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، والقتل بسبب .

قيل وجه الإنحصار أن القتل لا يخلو إما ان يكون بسلاح أو بغيره. فإن صدربسلاح فلا يخلو إما أن يكون به قصد القتل أو لا ، فالأول عمد ، والثاني خطأ. وإن صدر بغير سلاح ، فإما إن كان معه قصد التأديب أو الضرب أم لا ، فان كان فهو شبيه العمد وإلافلا يخلو إما أن يكون جارياً مجرى الخطأ أو لا فان كان فهـو ، وإن لم يكن فهو القتل بالسبب وقيل وجه الحصر الاستقراء التام ، ونسب هذا إلى أبي بكر الرازي رحمه الله.

(قال) أي القدوري (فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح) يعني في تفريق الأجزاء (كالمحدود من الخشب وليطة القصب) الليطة بكسر اللام قشر القصب (والمروة المحددة) وهي القطعة من الحجر الصوان ، يكون لهـا أطراف تقطع ما أصابته .

(والنار) التي هي أسرع للهلاك ، وفي المغنى : الحدة ليست بشرط إذا كانت الآلة

لأن العمـــد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله ، وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمداً فيه عند ذلك . وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم﴾ الآية

من الحديد . فقال : العمد ، أن يتعمد الإنسان في قتل من لا يحل قتله بالحديــد سواء كان سلاحاً نحو السيف ، والسكين ، والرمح أو لم يكن سلاحاً كالإبرة والأشفار ، سواء كان له حد ينصع أو لا ، كالعمود وصنجة الميزان ، وسواء كان الغالب منه الهلاك أو لم يكن ، هذا كله على رواية الأصل .

وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة «رح» لو قتله بصنجة عمود أو حديــد لا حد له فهو ليس بعمد محض ، فلا يجب القصاص ، بل هو خطأ وعمد .

وفي فتاوى قاضي خان «رح» في ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس والصفر ، والرصاص ، والذهب والفضة ، والإبريز لا يشترط الجرح لوجوب القصاص .

وفي المبسوط عن أبي حنيفة « رح » قتله بعمود أو صنجة حديد لا حد له فليس بعمد عنده ، بل هو خطأ وعمد عندهما ، إن كان الغالب منه الهلاك ، فعمد محض وإلا فخطأ عمد .

(لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله) أي بدليل العموم (وهـــو) أي دليله (استعمال الآلة القاتلة فكان متعمداً فيه) أي في عمده باستعمال الآلة القاتلة .

(عند ذلك) أي عند وجود العمد باستعمال الآلة القاتلة ، لأن القاتلة إرقاق للحياة ، وهو غير محسوس . فيكون القصد إلى إرقاق الحياة بالضرب بالسلاح الذي هـــو خارج عامل في الظاهر والباطن جميعاً .

(وموجب ذلك) أي مقتضى العمد الموصوف بتلك الأوصاف (المأثم) أي حصول الإثم العظيم . وروى عنه ﷺ لزوال الدنيا أهون عند الله من قتل امرىء مسلم . هذا حديث ذكره غالب الشراح . ولم يذكروا من رواه ، ولا من أخرجه . قلت هذا أخرجه الترمذي والنسائي «رح» من حديث عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما : أن النبي ﷺ قال « لزوال الدنيا » الحديث .

(لقوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاءه جهنم﴾ الآية ٩٣ النساء) ويكفي هذه

وقد نطق به غير واحدٍ من السنة وعليه انعقد اجمـــاع الأمة . قال والقود لقوله تعالى ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ الآية . إلا إلا أنه تقيد بوصف العمدية

الآية موعظة في قتل النفس بغير حق (وقد نطق به غير واحد من السنة) أي السنـة فيه أكثر من أن يحصى ، وأظهر من أن يخفى منها ما رواه الترمذي « رح » عن أبـي الحكم ، عن أبي سعيد الخدري ، وأبي هريرة رضي الله تعالى عنهما ، يذكران عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم قال : « لو أن أهل السماء وأهل الأرض اشتركوا في دم مؤمن لاكبهم الله في النار » .

ومنها ما رواه البخاري «رح» عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم : لا يزال المؤمن في فسحـــة من دينه ما لم يصب دماً حراماً .

ومنها ما رواه النسائي عن أبي إدريس الخولاني عايذ الله ، عن معاويـــة : سمعت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم يقول : « كل ذنب عسى الله أن يغفره إلا الرجل يموت كافراً، والرجل يقتل مؤمناً متعمداً .

ومنها ما رواه ابن ماجة من حديث سعيد بن المسيب «رح» عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم من أعـــان على قتل مؤمن بشطر كلمة لقي الله تعالى مكتوب بين عينيه آيس من رحمة الله عز وجـل . والأحاديث في هذا الباب كثيرة جداً .

(وعليه انعقد إجماع الأمة) أي وعلى التحريم إجماع أمة النبي صلى الله عليـــه وآله وأصحابه وسلم على الوجه المذكور .

(قال والقود) عطف على قوله المأثم أى وموجبة أيضاً وجوب القود أى القصاص.

(لقوله تعالى : ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ الآية ١٧٨ البقرة) وما كتب على عباده فهو فرض . (إلا أنه تقيد بوصف العمدية) يعني أن الآية بظاهرها ما لم تفرق بين العمد

لقوله عليه السلام العمد قود أي موجبة ، ولأن الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر ، والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك . قال إلا أن يعفو الأولياء

والخطأ ، إلا أنه ، أي غير أن القتل تقيد بوصف العمدية . (لقوله ﷺ) أي لقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم («العمد قود») هذا الحديث رواه ابن أبي شيبة في مسنده من حديث طاووس ، عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم: «العمد قود إلا أن يغفر ولي المقتول».

ورواه أبو داود والنسائي وابن ماجة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما أيضاً طويلاً ، وفيه من قتل عمداً فهو قود . والحديث مشهور زيد به على الكتاب ، فما بقي الكتاب على اطلاقه فصار كالمجمل، فيجوز عندنا أن يكون الحديث بياناً له وإن كان خبراً واحداً كما في بيان قدر مسح الرأس .

وفسر المصنف رحمه الله قوله ﷺ : «العمد قود» بقوله (أي موجبة) أي موجب العمد أي الذي يقتضيه قود . أي قصاص لأن غير العمد ليس بقصاص .

(ولأن الجناية بها) أي بالعمدية (تتكامل) ليجب القصاص لأن قتل الخطأ ليس بجناية محضة • (وحكمة الزجر) مبتدأ (عليها) أي على الجناية ، (تتوفر) خبر مبتدأ من توفر على الشيء إذا دعى حرماته ووفر عليه حقه توفيراً ، واستوفره إذا استوفاه كاملاً ، وحاصل المعنى : أن العمدية تحصل بالجناية الكاملة ، كل ما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل ، لأن حكمة الزجر المنع عن الإقدام على الجنايات لمراعاة حرمتها لا للمجاراة المحضة إذ الدنيا ليست بدار الجزاء ودار الجزاء هي الآخرة

(والعقوبة المتناهية لا شرع لها) هذه حجة أخرى، وأراد بالعقوبة المتناهية القصاص.
قوله (دون ذلك) أي دون قيد العمدية ، وقال تاج الشريعة «رح» : العقوبة المتناهية إزالة حياة لا تشرع بدون تكامل الجناية .

(قال) أي القدوري (إلا أن يعفو الأولياء) هذا لفظ القدوري «رح» وقوله

أو يصالحوا لأن الحق لهم ، ثم هو واجب علينا ، وليس للولي أخذ الدية إلا برضاء القاتل ، وهو أخذ قول الشافعي «رح» إلا أن له حق العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعاً للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول: الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختياره لأن حق العبد شرع جابراً وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ،

(أو يصالحوا) لفظ المصنف رحمه الله يعنى إذا عفا الأوليـــاء عن القصاص او يصالحوا على مال فيسقط القصاص (لأن الحق لهم) اى للأولياء . (ثم هو) اى القصاص (واجب علينا) اى من حيث التعين من الشارع . ونتيجته تظهر من قوله (وليس للولي اخــذ الدية إلا برضا القاتل) لأن حقــه القصاص بتعين الشارع ، وليس هو المخير بين اخذ الدية والقصاص .

(وهو احد قول الشافعى « رح ») وبه قال مالك «رح» فى رواية . وهـــو قول ابراهيم النخعى ، وسفيان الثورى ، والحسن بن حي ، وابن شبرمة « رح » .

(إلا ان له) أي للولي (حق العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل لأنه) أي المال (تعين مدفعاً للهلاك) وصيانة النفس عن الهلاك فرض بقدر الإمكان .

وقال تاج الشريعة : قوله من غير مرضاة القاتل (فيجوز بدون رضاه) أي يجوز بغير رضاه لأنه ملكه ما يجيء به نفسه ، فيلزم هذا التمليك شاء القاتل أو أبى ، كمن أصابته مخمصة ، فبذل له إنسان طعاماً بثمن المثل ، يلزمه هذا التمليك . وهذا لأن إحياء النفس فرض على الإنسان ما أمكن .

(وفي قول) أي للشافعي «رح» : (الواجب أحدهما) أي إما القصاص أو أخــذ المال (لا بعينه) يعني من غير تعيين (ويتعين) أي أحدهما (باختياره) أى باختيار القاتل.

(لأن حق العبد شرع جابراً) يعني النظر للولي تشرعه لا يبقـى الضمان الأصلي ولم يمكن الجمع بينهما .

(وفي كل واحد) من القصاص وأخذ المال (نوع جبر فيتخير) . وقال مالك « رح »

ولنا ما تلونا من الكتاب ، وروينا من السنة ولان المال لا يصلح موجباً لعدم المماثلة . والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجراً وجبراً ، فيتعين وفي الخطـــأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار ،

في رواية ، وأبو ثور وإسحاق ومحمد بن سيرين وسعيد بن المسيب والأوزاعي وأبو سليمان وجمهور أصحاب الحديث « رح » واحتجوا بقوله عليه السلام : « من قتل قتيـــلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا العقل أي الدية ، وهذا تنصيص على أن كل واحد منهما يوجب القتل .

قال الكاكي«رح»هذا الحديث رواه شريح والكعبي ،قلت:الجواب عنه أنه خبر واحد فلا يعارض الكتاب ، والسنة المشهورة . وأيضاً هو محمول على الرضاء . وللشافعي « رح» قول آخر ذكره تاج الشريعة حيث قال : في المسألة ثلاثة أقاويل ، يعني للشافعي في قول الواجب هو القصاص إلا أن يعفو الولي ، وفي قول : الواجب أحدهما والتعيين إلى الولى، وفي قول بالعكس .

(ولنا ما تلونا من الكتاب) وهـــو قوله تعالى : ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ ﴿ ولكم في القصاص حياة ﴾ .

(وروينا من السنة) وهو قوله عليه السلام : « العمد قود » .

(ولأن المال) دليل عقلي وبيانه أن المال (لا يصلح موجباً) في القتل العمـــد .

(لعدم المماثلة) ، أي لعدم المماثلة بين المال والآدمي ، لأن المال مملوك مبتذل ، والآدمي مالك يتبذل فأنى يتماثلان .

(والقصاص يصلح للتماثل) لأنه لغة روح بازاء روح مثله . (وفيه) أي وفى القصاص (مصلحة الأحياء زجراً) للغير عن وقوعه فيه،(وجبراً) للورثة ،(فيتعين)أي القصاص.

(وفى الخطأ) هذا جواب عما يقال كيف يصلح موجباً فى الخطأ ، والفائت فيـــه مثل الفائت فى العمد،وتقرير الجواب أن (وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار) .

ولا يتعين بعدم قصد الولي بعد أخذ المال،فلا يتعين مدفعاً للهلاك . ولا كفارة فيه عندنا، وعند الشافعي «رح» تجب، لان الحاجة إلى التكفير في العمد أمس منها اليه في الخطأ، فكان أدعى إلى ايجابها ولنا أنها كبيرة محضة

والآدمى مكرم لا يجوز إهدار دمه وأنه لما لم يكن الإقتصاص فيه هدر الدم لو لم يجب المال (ولا يتعين بعدم قصد الولي بعد أخذ المال) هذا جواب عن قوله (فلا يتعين مدفعاً للهلاك) تقريره أنه متعين بعدم قصد الولي القتل بعد أخذ المال ، لأنه يجوز أن يأخذ المال ، ثم تهيجه الضغينة وتحركه العداوة على ارتكاب قتله وإن لم يكن له ذلك شرعاً ، فإذا كان كذلك فلا يتعين مدفعاً للهلاك .

فان قيل هذا الوهم موجود فيا إذا أخذ المال صلحاً ، وقد جاز ، أجيب بأن فى الصلح المراضاة ، والقتل بعده ظاهر العدم .

(ولا كفارة فيه) أي فى القتل العمد سواء كان عمداً يجب فيه القصاص ، أو لا يجب كالأب إذا قتل ابنه عمداً، ومسلم قتل من أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر إلينا عمداً.

(عندنا) وبه قال مالك وأحمد فى المشهور عنه ، وبه قال الثوري وأبو ثور وابن المنذر (وعند الشافعى «رح» تجب) .

وبه قال أحمد «رح» في رواية . ولا خلاف في وجوب الكفارة في الخطأ . إلا ما حكي عن مالك أنه قال : لا تجب الكفارة في القتل العمد أو الكفارة خطأ .

وللشافعي وجهان في سقوط الكفارة عن القاتل إذا قتل قصاصاً ، والأصح انه لا يسقط ويؤدي من تركته .

(لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس منها إليه) أي إلى التكفير (في الخطأ)لأنها لستر الذنب ، والذنب في العمد أعظم .

(فكان أدعى إلى إيجابها) أي فكان الذنب أدعى إلى إيجاب الكفارة (ولنا أنه) أي القتل أو العمد (كبيرة محضة) أى ليس فيه جهة الإباحة .

وفي الكفارة معنى العبادة ، فلا تناط بمثلها ، ولأن الكفارة من المقادير ، وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى . ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل .

قال وشبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب

(وفي الكفارة معنى العبادة) يعني دائرة بين العبادة والعقوبة فلا بد أن يكون سببها دائر بين الحظر والإباحة كما في الغموس . (فلا تناط) أي الكفارة (بمثلها) أي بمثل الكبيرة المحضة .

(ولأن الكفارة) جواب عن قياس الشافعي «رح» يعني إلحاقه العمد بالخطأ. تقديره أن الكفارة (من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى) وهو القصاص، فلا يمكن إلحاق العمد بالخطأ ، لأنه لا مدخل للرأي في تقدير العقوبات والجناية . فإن قلت يشكل بكفارة قتل صيد الحرم ، فانه كبيرة محضة ، ومع هذا يجب فيه الكفارة. قلت هو جناية على المحل ، ولهذا لو اشترك حلالان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحداً. ولو كان جناية الفعل ، لوجب جزاء . والجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطأ

(ومن حكمه) أي حكم القتل العمد (حرمان الميراث لقوله ﷺ) أي لقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم (لا ميراث لقاتل) . هذا أخرجه ابن ماجة ، من حديث عمر رضي الله تعالى عنه مطولاً ، وفيه : سمعت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يقول: « ليس لقاتل ميراث » .

ورواه مالك في الموطأ ، وعن مالك رواه الشافعي في مسنده ، وعبد الرزاق في مصنفه ، وأخرجه الترمذي من حديث أبي هريرة ، عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال : « القاتل لا يرث » . وقال الترمذي «رح» هذا حديث لا يصح لا نعرفه إلا من هذا الوجه . وفيه إسحاق عن عبد الله بن أبي فروة تركه بعض أهل العلم ، منهم أحمد ابن حنبل رضي الله عنه .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وشبه العمد عند أبي حنيفة «رح» أن يتعمد الضرب

بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى السلاح وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي « رح » إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة ، فهو عمد ، وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا ، لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالباً لما أنه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه ، فكان شبه العمد لا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث ، لانه لا يقصد به إلا القتل كالسيف فكان عمداً موجبا للقود .

بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح) سواء كان الدلالة به غالبـاً كالحجر والعصا الكبيرين ومدقة القصار أو لم يكن كالعصا الصغيرة .

وفي المبسوط سمي به هذا الفعل الذي لا يوجب القودويشبهالعمد أي خطأ يشبه العمد لما فيه من معنى العمد بالنظر إلى قصد الفاعل إلى الضرب . ومعنى الخطأ باعتبار انعـدام قصد القتل وبالنظر إلى الآلة التي استعملها هي آلة الضرب للتأديبدون القتل والعاقل إنما يقصد إلى كل فعل بآلته ، فكان ذلك خطأ يشبه العمد بلا خلاف ،

وعن مالك «رح » في رواية إن قصد القتل يجب القود ، والخلاف في تفسير شبـــه العمد . وفي الأوضح شبـــه العمد عند أبي حنيفة « ر ح » ان يتعمده بكل آلة لم توضع للقتل .

(وقال أبو يوسف « رح » ومحمد وهو قول الشافعي إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبـة عظيمة فهو عمد . وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل بـــه غالباً لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالباً لمـا أنه يقصد بها غيره) أي غــير القتل (كالتأديب ونحوه) كالتحريق (فكان شبه العمـد لا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لأنه لا يقصد به إلا القتل كالسيف ، فكان عمداً موجباً للقود) أي القصاص .

وقال صاحب المجتبى يشترط عند أبي حنيفة «رح» أن يقصد التأديب دون الإتلاف ، وعندهما إن كان متعمداً بما كان الإتلاف غالباً فعمد محض . وعند الشافعي ومالك وأحمد

وله قوله عليه السلام إلا أن قتيل خطأ العمد ، قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل

بكل آلة لا تصلح للقتل ، فلو ضربه بسوط صغير ، سوطاً أو سوطين فمات فهو شبه العمد عند الكل ، ولو والى في الضربات إلى أن مات . فإن كان جملة ما والى بحيث يقتل مثله غالباً ، فهو عمد محض عندهما . وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح » وقال بعضهم هو شبه العمد على قولهما ، كقول أبي حنيفة «رح» ولو خيفة فمات ، فهو شبه عمد لا قصاص فيه ، إلا أن يكون معروفاً بذلك .

وعند الأئمة الثلاثة « رح » يجب القود . وقال بعضهم شبه العمد عند أبي حنيفة « رح » ان يتعمده بكل آلة لم توضع للقتل . وعندهما بكل آلة لا تقتل غالباً . وقد ذكرنا هذا .

(وله) أي ولأبي حنيفة «رح» (قوله عليه السلام) أي قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم (إلا أن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا ، وفيه مائة من الإبل) . هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص«رض» أن النبي ﷺ قال : « إلا أن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالعصا مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها .

وروي أيضاً عن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنهما ، أخرجه الثلاثة المذكورون عنه : أن رسول الله ﷺ خطب يوم الفتح بمكة ، الحديث . وفيه : « إلا أن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط أو العصا مائة من الإبل ، منها أربعون في بطونها أولادها .

ورواه أحمد والشافعي وإسحاق في مسانيدهم . ورواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما والتمسك به أنه ﷺ لم يقصد بين الصغير والكبير ، وعليهما عملا بالإطلاق .

وقال تاج الشريعة «رح» في إعراب حديث الباب روى قتله بالنصب على البدل. وخبر أن فيه مائة من الإبل . وروي بالرفع فيكون هو خبر المبتدأ . ويكون قوله : فيه مائة كلاماً مستأنفاً .

ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه إذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالباً فقصرت العمدية، نظراً إلى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة. قال وموجب ذلك على القولين الإثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية مغلظة على العاقلة والاصل

(ولأن الآلة) سـواء كانت كبيرة أو صغيرة (غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه ، إذ لا يمكن استعمالها) أي في القتل لانه لا يمكن استعمال هذه الآلة (على غرة) بكسر الغين المعجمة ، وتشديد الراء على غفلة . (من المقصود قتله وبه) أى وبالاستعمال على غرة (يحصل القتل غالباً فقصرت العمدية نظراً إلى الآلة). يعني القصد إلى القتل أمر باطن لا يوقف الامر عليه ، فأقام الشرع الضرب بآلة وضعت للقتل مقـام القصد إلى القتل ، وأقام الضرب بآلة وضعت للتأديب مقام عدم القصد ، فسقط اعتبار حقيقة القصد ، واعتبر السبب القائم مقامه . كذا في مبسوط شيخ الإسلام .

(فكان شبه العمد كالقتل بالسـوط والعصا الصغيرة) لان تتقاصر الآلة بتقاصر معنى العمدية ، فيكون شبه العمد (قال وموجب ذلك) أى موجب شبه العمد (على القولين) أى على قول أبي حنيفة « رح » وقولهما . (الإثم لانه قتـل وهو قاصد في الضرب) . قتل على صيغة فعل الماضي ، والواو في وهو : حال .

(والكفارة) بالرفع عطفاً على قوله الإثم . أيوموجبه أيضاً وجوب الكفارة (لشبهه بالخطأ) أى بالنظر إلى الآلة . وبه قالت الأئمة الثلاثة . وفي الإيضاح : وجدت في كتب أصحابنا أن لا كفارة في شبه العمد عند أبي حنيفة « رح » لان الاثم كامل متنـاه . وتناهيه يمنع شرع الكفارة لان ذلك من باب التخفيف .

وفي الكافي : والصحيح أنها تجب عنده . ذكره الطحاوى والجصاص .

(والدية) بالرفع أيضاً . أى وموجب ذلك أيضاً ، وجوب الدية حـال كونها (مغلظة) أى دية مغلظة وسيجيء تفسيرها إن شاء الله تعالى (على العاقلة والاصل)

أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتباراً بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى. ويتعلق به حرمـــان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ، ومالك وإن أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه .

أى في هذا الباب (أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء) يعني كل دية يوجبها القتـــل من الابتداء (لا بمعنى يحدث من بعد) احترز به بما يصالحوا فيه على الدية ، وعن قتل الوالد ولده عمداً ، وعن إقرار القاتل بالقتل خطأ ، وقد كان قتله عمداً . فإن في هذه الصور تجب الدية على القاتل في ماله .

وقوله من بعد بضم الدال لانه لما بعد من الكسر بالاضافة بنى على الضم . وقوله (فهي على العاقلة) خبر أن . وسيجيء تفسير العاقلة في باب مستقبل (اعتباراً بالخطأ) أى قياساً عليه .

(وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب «رض» وتجب المغلظة) أى الدية حال كونها مغلظة . (وسنبين صفة التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى) في كتاب الديات .

(ويتعلق به) أى شبه العمد (حرمان الميراث لأنه) أى لان حرمان الميراث (في سقوط القصاص) كان ينبغي أن يؤثر أيضـــاً في حرمان الميراث ، وتقرير الجواب أن شبه العمد تؤثر في سقوط القصاص للشبهة (دون حرمان الميراث) لان الحرمان جزاء القتل بالنص وهو قوله عليه السلام : « لا ميراث للقاتل » .

(ومالك « رح » وإن أنكـــر معرفة شبــه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه) وفي المبسوط : وكان مالك « رح » يقول : لا أدري ما شبه العمد وأن القتل عمد وخطأ . وقال المصنف رحمه الله : فالحجة عليه ، أى على مالك « رح » ، ما أسلفناه .

وقـــال الأكمل « رح » : قيل أراد به قوله عليه السلام إلا أن قتيل العمد ، قتيل

قال والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمي شخصاً يظنه صيداً ، فإذا هو آدمي ، أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم . وخطأ في الفعل وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً . وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ الآية وهي على عاقلته في ثلاث سنين لما بيناه . ولا إثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد إثم القتل فإما في نفسه فلا يعرى عن الإثم من حيث

السوط والعصا ، ولكن المعهود من المصنف « رح » في مثله ان يقول ما روينا والحق ان يقال إنما قال أسلفنا نظراً إلى الحديث والمعنى المنقول . قلت كان الاوجه أن يقول لما ذكرنا على ما لا يخفى .

(قال) أي القدوري « رح » (والخطأ على نوعين : خطأ في القصد ، وهو أن يرمي شخصاً يظنه صيداً فإذا هو آدمي ، أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم) .

قوله يظنه : جملة حالية ، والفاء في فإذا في الموضعين للمفاجآت .

(وخطأ في الفعل ، وهو أن يرمي غرضاً) بفتح الغين المعجمة والراء ، وبالضاد المعجمة وهو الهدف . (فيصيب آدمياً وموجب ذلك) أي ما يقتضيه الخطأ بنوعيه (الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى :﴿فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾. الآية ٩٢ النساء . وهي على ما قلته في ثلاث سنين لما بيناه) أراد به قوله : ويجب في ثلاث سنين بقضية عمر رضي الله تعالى عنه .

(ولا إثم فيه) من كلام القدوري « رح » . وقال المصنف « رح » (يعني في الوجهين) يعني عدم وجوب الاثم في الوجهين المذكورين لقوله عليه السلام : « رفع عن امتي الخطأ والنسيان » .

(قالوا) أي المشايخ (المراد إثم القتل) أي إثم قصد القتل ، بحذف المضاف لان إثم القتل غير منفي وهو معنى قوله : (فأما في نفسه فلا يعرى عن الإثم من حيث

ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي إذا شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ، ويحرم من الميراث لانه فيه إثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما إذا تعمد الضرب موضعاً من جسده فأخطأ ، فأصاب موضعاً آخر فمات حيث يجب القصاص . لان القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه ، وجميع البدن كالمحل الواحد . وقال وما أجرى مجرى الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله ، فحكمه حكم الخطأ فى الشرع .

ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي إذا شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى) الإثم إنه لم يباشر الرخصة بطريق السلامة والمباح مفيد بهذا كالمرور في الطريق ، وإذا كان فيه نوع إثم يستقيم تعليق حرمان الميراث به ، وهو معنى قوله (ويحرم من الميراث لانه فيه إثماً فيصح تعليق الحرمان به) أى بالقتل الخطأ بنوعيه .

(بخلاف ما إذا تعمد الضرب) هذا متصل بقوله ويوجب ذلك الكفارة والدية ، وصورة ذلك أن يتعمد الرجل أن يضرب (موضعا) بان قصد ضرب يده (من جسده فأخطأ فأصاب موضعاً آخر) بأن أصاب عنقه (فمات حيث يجب فيه القصاص ، لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد) حتى إذا أصاب عنق غيره فهو خطأ .

(قال) أى القدوري « رح » (وما أجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله ، فحكمه حكم الخطأ في الشرع) لكنه دون الخطأ حقيقة ، فإنه ليس من أهل القصد أصلا ، وإنما وجبت الكفارة لتحرك التحرز عن نومه في موضع يتوهم أن يصير قاتلا ، والكفارة في قتل الخطأ إنما تجب لترك التحرك أيضاً . وإنما جعل محروماً عن الميراث لجواز أن يكون تقاوم ولم يكن قائماً حقيقة . وهذا معتبر في حق الحرمان .

وفي الأوضح : لو وقع من سطح على إنسان فقتله ، أو كان على دابة فأوطأت

وأما القتل بسبب كحافر البير وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه إذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لأنه سبب التلف وهو متعد فيه ، فأنزل موقعاً دافعاً فوجبت الدية ، ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث . وقال الشافعي يلحق بالخطأ في أحكامه لأن الشرع أنزله قاتلا ولنا أن القتل معدوم منه حقيقة فألحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الأصل ، وهو إن كان يأثم بالحفر في غير ملكه ، لا يأثم

إنساناً فمات ، أو كان في يده لبنة أو خشبة فسقط على إنسان فقتله ، فهذا مثل النائم ينقلب لكونه قتلا معصوماً فأجرى مجرى الخطأ .

(وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه ، وموجبه إذا تلف فيه آدمي ، الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعاً) يعني في البئر (دافعاً) يعني في الحجر (فوجبت الدية ، ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث . وقال الشافعي « رح » يلحق بالخطأ في أحكامه) أى في أحكام الخطأ . فيجب الكفارة ويحرم عن الميراث . وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » (لان الشرع أنزله قاتلا) يعني في الضمان فكان كالمباشرة فمندهم المسبب كالمباشر .

(ولنا أن القتل معدوم فيه حقيقة) لانه ليس بمباشر للقتل حقيقة لان مباشرة القتل إيصال فعل من القاتل بالمقتول ولم يوجد (فألحق به) أى بالمباشر (في حق الضمان) صيانة للدم عن الهدر على خلاف الاصل (فبقي في حق غيره) وهو حق الكفارة وحرمان الميراث .

(على الاصل) وهو عدم القتل ، وهو إن كان يأثم ، هذا جواب عما يقال : الحافر في غير ملكه يأثم . وما فيه إثم من الفعل يصح تعليق الحرمان به ، كما ذكرتم في الخطأ ، وتقرير الجواب هو أنه (وهو إن كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم

بالموت على مـــا قالوا وهـذه الكفـارة ذنب القتل ، وكذا الحرمان بسببه ، وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها ، لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة ، وما دونها لا يختص إتلافه بآلة دون آلة والله أعلم .

بالموت على ما قالوا) أي الشافعي (وهـــذه الكفارة) أي الكفارة التي يتلازمها فيهـا كفـارة (ذنب القتل ولا قتل) هنا ولا كفـــارة . (وكذا الحرمان) عن الميراث (بسببه) أي بسبب القتل ولا قتل هنا فلا حرمان .

(وما يكون شبه العمد في النفس فهو عمد فيما سواها) يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ (لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة) فإن إتلاف النفس لا يقصـــد إلا بالسلاح وما يجري مجراه (وما دونها) أي ما دون النفس (لا يختص إتلافه بآلة دون آلة والله أعلم) ألا ترى أن فقأ العين كما يقصـــد بالسكين ، يقصد بالسوط والعصا الصغيرة .

* * *

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد إذا قتل عمداً أمـــا العمدية فلما بيناه ، وأما حقن الدم على التأبيد فلتنتفي شبهة الإباحة ويتحقق المساواة

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

أى هذا باب في بيان ما يوجب القصاص ، وفي بيان ما لا يوجب القصاص . ولما فرغ من بيان أقســام القتل وكان من جملتها العمد : وهو قد يوجب القصاص ، وقـد لا يوجبه ، احتاج إلى تفصيل ذلك في باب على حدة .

(قــــال) أى القدوري « رح » (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم) من حقن دمه : إذا منعه أن يسفك من وجـــه دخل على التأبيد احترز به عن المستأمن ، ولا يشكل بقتل الأب إبنه ، فانه قتل مسلم لمسلم محقون الدم ، مع أنه لا يجب القصاص لان ذلك من العوارض فلا يدخل تحت القواعد والكلام في الاصول .

(على التأبيد إذا قتل عمداً) قيد به لانه إذا قتل خطأً لا يجب القصاص .

(أما العمدية فلما بيناه) في أوائل كتاب الجنايات من قوله عليه السلام : « العمد قود » وأن الجناية شامل بها .

(وأما حقن الدم على التأبيد) احترز به عن المستأمن ، لان فيه شبهـــة الإباحة . والعود إلى دار الحرب أشــار إليه بقوله (فلتنتفي شبهة الإباحة وتحقق المساواة) بين القاتل والمقتول .

وقال الأ...

الثاني : أن حقن الدم على التأبيد غير متصور لأنه انتهى ما يتصور منه أن يكون المسلم في دار الإسلام ، وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله .

الثالث : أنها منقوضة مسلم قتل إبنه المسلم ، فإنها موجودة فيه ولا قصاص .

الرابع : أن قيد التأبيد لثبوت المساواة ، وإذا قتل المستأمن مسلماً وجب القصاص ولا مساواة بينهما .

والجواب عن الأول : أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء . ولا منافاة بينه وبين العفو .

وعن الثاني : أن المراد بالحقن على التأبيد ، ماهو بحسب الاصل والارتداد عارض لا يعتبر به ، ورجوع الحربي إلى داره أصل لا عارض .

وعن الثالث : بأن القصاص ثابت ، ولكنه انقلب ما لا شبهة الأبوة .

وعن الرابع : بأن التفاوت إلى نقصان غير مانع من الاستيفاء بخلاف العكس .

(قال) أي القدوري « رح » (ويقتل الحر بالحر ، والحر بالعبد للعمومات) يريد به قوله : ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ ، وقوله : ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً ﴾ ، وقوله : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ ، وقوله ﷺ : « العمد قود » .

وقال السكاكي « رح » . والحر بالعبد ، وكذا بالأمة . ولكن لا يقتل بعبد نفسه عندنا .

وقال النخعي وداوود : يقتل بعبد نفسه أيضاً . لما روى الحسن « رح » عن سمرة « رض » : أنه عليه السلام ، قال : من قتل عبده قتلناه ، ومن خدعه خدعناه .

قلنا : الحسن ما سمع « من قتل » من سمرة « رض » ، ولئن صح كان محمولاً على الزجر دون إرادة الإيقاع . وقيل هذا منسوخ بدليل سقوط القصاص بين الحر والعبد بالإجماع .

(وقال الشافعي « رح » لا يقتل الحر بالعبد) وبه قال مالك « رح » وأحمد : بل يضمن قيمته .

لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى ﴿الحر بالحر، والعبد بالعبد﴾ ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ، ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد ، لأنهما يستويان ، وبخلاف العبـــد حيث يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى نقصان . ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة ، وهي بالدين والدار ويستويان فيهما ، وجريان القصاص بين العبدين يؤذن

(لقوله تعالى : ﴿ الحر بالحر والعبد بالعبد ﴾ ، ومن ضرورة هــذه المقابلة) وهي مقابلة : الحر بالحر والعبد بالعبد (أن لا يقتــل الحر بالعبد ولأنه بنى القصاص على المساواة) بين القاتل والمقتول (وهي) أي المساواة (منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطــع طرف الحر بطرفه) أي بطرف العبد (بخلاف العبد بالعبد لأنهما يستويان) في المملوكة .

(وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى نقصـــان) أى لان التفاوت بين العبد والحر تفاوت إلى نقصان ، فيجوز أن يستوفى بالكل دون عكسه كما في الطرف .

(ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي) أى العصمة (بالدين) يعني عند الشافعي « رح » (أو بالدار) يعني عندنا ، (ويستويان) أي الحر والعبد (فيهما) أى في الدين والدار فيجري القصاص بينهما (وجريان القصاص بين العبدين) هـــذا جواب عما يقال الرق أثر الكفر ، وحقيقة الكفر يورث شبهة الإباحة ، ولهذا لا يقتل المسلم بالكافر مطلقاً عنـــد الشافعي « رح » فكذا أثره تورث شبهة الإباحة ، وتقدير الجواب أن يقـــال : لا يورث شبهــة الإباحة ، وهو معنى قوله : وجريان القصاص بين العبـــدين .

(يؤذن) أى يعلم بإنتفاء شبهــة الإباحة ، والدليل على ذلك : أنه لو كان كما قلتم

بانتفاء شبهة الإباحة . والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي مـــا عداه
قال والمسلم بالذمي خلاف للشافعي

لما جاز جريان القصاص بين العبدين ، ولهذا لا يجري بين المستأمنين .

(بانتفاء شبهة الإباحة والنص تخصيص بالذكر) هذا جواب عما استدل من المقابلة في الآية ، وجهه ان النص الذي فيه المقابلة تخصيص بذكرها .

(فلا ينفي ماعداه) أي ماعدا المنصوص ، كما في قوله : ﴿ والأنثى بالأنثى ﴾ فإنه لا ينفي الذكر بالانثى ولا العكس بالإجماع .

وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتـل غير القاتل بالمقتول ، ذلك أن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعى إحداهما مقتلا على الاخرى اقتتلتا فقالت مدعية الفضل : لا نرضى إلا بقتل الذكر منهم بالانثى ، والحر منهم بقتل العبد منا . فأنزل الله تعالى هذه الآية رداً عليهم .

ولم يذكـــر الجواب عن الأطراف وقـد أجيب بأن القصاص في الأطراف معتمد المساواة في الجزاء . فإنه لا يقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا مساواة بينهما في ذلك لأن الرق ثابت في أجزاء الجسم بخلاف النفوس ، فإن القصاص فيها يقمدها في العصمة ، وقد تساويا فيها .

(قال) أى القدوري « رح » (والمسلم بالذمي) أى بقتل المسلم بالذمي . وبه قال النخعي والشعبي « رح » (خلافاً للشافعي « رح ») ومالك « رح » ، وأحمد « رح » ، وأبي ثور ، والثوري ، والأوزاعي ، وزفر ، وأصحـــاب الظواهر « رح » ، وهو قول عطاء والحسن البصري « رح » .

وفي المبسوط : الخلاف فيما إذا كان القاتل حال القتل مسلماً ، أما لو قتل ذمي ذمياً ثم أسلم القاتل يقتص بالإجماع .

وعن مالك « رح » : إذا قتل المسلم الذمي غيلة يقتل به ، لمـا روي أن عثمان رضي الله تعالى عنه أمر به في هذه الصورة . والغيلة : أن يخدع الرجل حتى يدخل بيته أو نحوه ، فيقتله أو يأخذ ماله إن كان معه .

له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ، ولأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية . وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة . ولنا ما روي أن النبي عليه السلام قتل مسلماً بذمي

(له) أي للشافعي « رح » (قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ : (لا يقتـل مؤمن بكافر) هذا الحديث رواه البخاري « رح » ، عن أبي جحيفة « رح » قال : سألت عليا رضي الله تعالى عنه هل عندكم مما ليس في القرآن ؟ فقال : « العقل وفكاك الأسير ، وان لا يقتل مسلم بكافر » .

وأخرجه أبو داوود « رح » والنسائي « رح » مطولا وفيه : ألا لا يقتـل مؤمن بكافر . وروى أبو داوود وابن ماجة أيضـا ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عن النبي ﷺ قال : « لا يقتل مؤمن بكافر » .

(ولأنه لا مساواة بينهما) أي بين المسلم والذمي (وقت الجناية) قيد به لأن القاتل إذا كان ذمياً وقت القتل ثم أسلم ، فإنه يقتص منه بالإجماع ، وقد ذكرناه .

(وكذا الكفر مبيح) لقوله تعالى ﴿ وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ﴾ أي فتنةالكفر.

(فيورث الشبهة) أي كون الكفر مبيحاً يورث الشبهة في عدم المساواة .

(ولنا ما روي أن النبي ﷺ قتل مسلماً بذمي) ، هذا روي مسنداً ومرسلا . أما المسند فاخرجه الدارقطني ، وفي سننه عن عمار بن مطر ، حدثنا ابراهيم بن محمدالأسلمي عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن بن السلماني ، عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما : أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قتل مسلماً بمعاهد ، وقال : أنا أكرم من وفى ذمته .

وأما المرسل : فأخرجه من طريق عبد الرزاق ، وأما الثوري عن ربيعه بن أبي عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن السلماني «رح» أن النبي ﷺ فذكره .

فإن قلت قال الدارقطني : ابن السلماني ضعيف لا تقوم بـه حجة اذا وصل الحديث فكيف عما يرسله . وقال : عمار بن مطر الزهاوي يقلب الأسانيـد ، ويسرق الأحاديث حتى كثر ذلك في رواياته فسقط من حد الإحتجاج به .

ولأن المساواة في العصمة ثابتة نظراً إلى التكليف أو الدار . والمبيح كفر المحارب دون المسالم ،

قلت : ابن السلماني أوثقه ابن حبان وذكره في الثقات . وهو رجل معروف من التابعين ، فإذا كان كذلك يكون حديثه صحيحاً ، والمرسل حجة عندنا، ومالك وأحمد وأكثر العلماء حتى قال محمد بن جرير الطبري : أجمع التابعون على قبول المرسل . ولم يزل الأمر كذلك إلى رأس المائتين فحدث رد المرسل حتى قيل رد المرسل بدعة .

وقال ابن عبد البر : من رد المرسل فقد رد أكثر السنن. ولنا ما رواه الشافعي «رح» في مسنده أيضاً : أخبرنا محمد بن الحسن الشيباني «رح» أنا قيس بن الربيع الأسدي، عن إبان بن ثعلب ، عن الحسين بن ميمون ، عن عبد الله بن عبد الله مولى بني هاشم ، عن أبي الجنوب الأسدي «رح» قال : أتى علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه برجل من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة قال : فقامت عليه البينة فأمر بقتله فجاء أخوه فقال : قد عفوت ، فقال لعلهم فزعوك أو هددوك ، قال : لا ولكن قتله لا يرد علي أخي وعوضوني فقال : أنت أعرف من كان له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا .

فإن ذكره صاحب التنقيح أن حسين بن ميمون هو الخندقي ، قال ابن المديني : ليس بمعروف قل من روى عنه . وقال ابن حاتم « رح » : ليس بالقوي في الحديث ، يكتب حديثه .

وذكره البخارى في الضعفاء ، قلت ذكره ابن حبان في الثقات قال وربما يخطى .

(ولأن المساواة) أى بين المسلم والذمي (في العصمه ثابتة نظراً إلى التكليف أو الدار) ، يعني عندنا . فإن كان كذلك يثبت العصمة حاصلة أنه يستحق البقاء لإقامة التكاليف ، ولا يمكن من إقامتها إلا بأن تكون محرم الفرض مرفوع أسباب الهلاك .

(والمبيح كفر المحارب) هذا جواب عن قول الشافعي « رح وكذا الكفر مبيح ، وتقريره أن لا نسلم أن مطلق الكفر بل المبيح كفر المحاربة. قال الله تعالى ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ﴾ إلى قوله : ﴿ حتى يعطوا الجزية ﴾ .

(دون المسالم) أي دون كفر المسلم لأنه يعقد الكفر الذمة صار من أهل دارنا ، فلم

والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة. والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده ، والعطف للمغايرة

يبقى كفره مبيحاً . ولهذا كفر المرأة لا يبيح القتل ، لأن كفرها غير ثابت على الحرب لأنها بنفسها غير صالحة له، والعصمة بالدار تؤثر في النفس والمال جميعاً حتى يجب القطع بسرقة مال الذمي ، وحقن دمه أيضاً لعقد الذمة .

(والقتل بمثله) هذا دفع لقول الشافعي «رح» فيورث الشبهة ، بيانه أن القتل بمثله ، أي قتل الذمي بالذمي (يؤذن بانتفاء الشبهة) يعني بأن كفر الذي لا يورث الشبهة إذا ورد لما جرى القصاص بينهما كما لا يجرى بين الحربيين، فإن قيل يورث الشبهة إذا قتله مسلم ، قلنا يكون قبل قتله المسلم معصوماً كالمسلم فيجب القصاص .

(والمراد بما روى) هذا جواب عما استدل به الشافعي « رح » من حديث علي رضى الله تعالى عنه. أي المراد عما روى الشافعي من قوله : لا يقتل المؤمن بكافر (الحربي) أي الكافر الحربى (لسياقه) أي لسياق الحديث .

وقوله (ولا ذو عهد في عهده) بيانه ما ذكره الطحاوى «رح» في شرح الآثار : ان الذى حكاه أبو جحيفة عن علي رضى الله تعالى عنه لم يكن مفرداً ، ولو كان مفرداً لاحتمل ما قالوا ، ولكن موصلاً بغيره ، وهو قوله: ولا ذو عهد في عهده . ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول . (والعطف للمغايرة) لأن المعطوف غير المعطوف عليه .

وفي المبسوط والأسرار : الواو للعطف حقيقة خصوصاً فيما لا يكون مستقلا بنفسه ، ووجه الأول بقى القتل قصاصاً لا بقى مطلق القتل . فيكون الثاني نفي القتل قصاصاً ، وإلا فلا مناسبة بين الجملتين ، فيصير كقوله في حسن الديات محوط وكذا الحليفة في غاية الطول فيكون وكيلا .

وفى مبسوط شيخ الإسلام «رح» : ولا ذو عهد في عهده، جملته ناقصة ، فيكون خبره خبر الجملة الكاملة ، وخبر الكاملة فى القتل قصاصاً ، فيكون معناه : ولا يقتل ذو عهد فى عهده بكافر، فلو كان الكافر فى الكاملة مطلقاً لا يصح هذا ، لأنه يصير معناه: لا يقتل ذو عهد مطلق بالكافر. وليس كذلك بالإجماع، فإن الذمى يقتل بالذمى بالإجماع .

قال ولا يقتل بالمستأمن لأنه غير محقون الدم على التأبيد ، وكذلك كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع ، ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا . ويقتل المستأمن بالمستأمن قياساً للمساواة ولا يقتل استحساناً لقيام المبيح ، ويقتل الرجل بالمرأة ، والكبير بالصغير ،

فإن قيل : قد روى فى بعض الروايات : ولا بذى عهد فى عهده أى ولا يقتل مسلم بكافر ولا ذمى عهد .

قلنا : هى رواية شاذة مجهولة . ولئن صح فنقول أنـــه معطوف على المؤمن لا على الكافر ، والجر على الجواز كما فى حجر صب حرب . والمرد بذى عهد مستأمن وبه نقول ، أى المستأمن لا يقتل بالمستأمن .

(ولا يقتل بالمستأمن) أي لا يقتل المسلم بالمستأمن . (لأنه غير محقون الدم على التأبيد وكذلك كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع) إلى داره ، فكان الحربي .

(ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا) لأنه غير محقون الدم على التأبيد . قال الأكمل «رح» قتله هو إشارة إلى قوله ﷺ : ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لأن المعهود منه في مثله لما روينا ، ولأننا قدرنا ذلك بكافر حربي إلا اذا أريد هناك بالحربي أعــم من أن يكون مستأمناً أو محارباً ، وهو الحق ، ويغنينا عن السؤال عن كيفيـــة قتل المسلم الحربي ، والجواب عنه بقوله : لمـــا بينا لأن التقدير المذكور ليس بمروي ، وإنما هو تأويل فلم يقل لما روى [1] .

(ويقتل المستأمن بالمستأمن قياساً) لأنهما حقنا دمهما بالأمان (للمساواة) بينهما من حيث حقن دمهما ، فصارا متكافئين . وبه قالت الأئمة الثلاثة .

(ولا يقتل استحساناً لقيام المبيــح) وهو الكفر الباعث على الحراب ، لما قلنا انــه على قصد الرجوع .

(ويقتل الرجل بالمرأة ، والكبير بالصغير ، والصحيح بالاعمى ، والزمن ، وبناقص

---

(١) لما روينا .

والصحيح بالأعمى والزمن ، وبناقص الأطراف ، وبالمجنون للعمومات ، ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بإبنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو بإطلاقه حجة على مالك « رح » في قوله يقاد

الاطراف ، وبالمجنون للعمومات) أراد بها قوله ﴿ من قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا ﴾ وغير ذلك من الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص . وهذا الذي ذكرناه من قوله : ويقتل الرجل إلى آخره قول أكثر أهل العلم .

وعن عطاء عن الحسن البصرى «رح» : إذا قتل الرجل امرأة فوليها إن شاء أخذ بديتها ستة آلاف درهم ، وإن شاء دفع إلى ولي القاتل ستة آلاف وقتله . هكذا روي عن علي رضي الله تعالى عنه .

وذكر في الكشاف في تفسير قوله : والانثى بالانثى ، قال مالك والشافعي « رح » : لا يقتل الذكر بالانثى . لكن هذا مخالف لعامة كتب الشافعي ومالك .

(ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني) وهذا كله يصلح لجميع ما خالفنا فيه الشافعي «رح» .

(قال) أى القدوري (ولا يقتل الرجل بإبنه لقوله عليه السلام) أى لقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم (لا يقاد الوالد بولده) . هذا الحديث رواه الترمذى ، وابن ماجة ، من حديث عمر بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يقاد الوالد بولده » .

وروى الترمذى ، وابن ماجة أيضاً من حديث طاووس ، عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن النبي ﷺ قال : لا تقام الحدود في المساجد ، ولا يقتل الوالد بالولد . وفي مسنده اسماعيل بن مسلم وهو ضعيف .

(وهو) أى هذا الحديث (باطلاقه حجة على مالك «رح» فى قوله يقاد) أى الوالد

إذا ذبحه ذبحا ولأنه سبب لإحيائه ، فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ، ولهذا لا يجوز له قتله ، وان وجده في صف الأعداء مقاتلا أو زانيا وهو محصن . والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه ، والجد من قبل الرجال أوالنساء ، وإن علا في هذا بمنزلة الأب ، وكذا

(إذا ذبحه) أي الإبن (ذبحا) يعني إذا قصد قتله . أما لو رماه بالسيف أو السكين ولم يرد قتله ، فلا قصاص .

وفي الجواهر للمالكية قال أشهب « رح » : لا يقتل الأب بالإبن بكل حال للشبهة ، وهو قوله ﷺ : « أنت ومالك لأبيك » .

وقال الليثي وداود وابن المنذر ، وابن الحكم «رح» يقتل بإبنه للعمومات والأم كالأب ، وكذا الأجداد والجدات . وبه قال الشافعي وأحمد « رح » .

(ولأنه) أي ولأن الأب (سبب لإحيائه) أي لإحياء الولد . (فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ولهذا) أي ولأجل ذلك ، (لا يجوز له) أي للابن (قتله) أي قتل الأب .

(وإن وجده في صف الأعداء) حال كونه (مقاتلاً أو زانياً) أي ووجده زانياً (وهو محصن) أي والحال أنه محصن .

وكذا لو وجده مرتداً ليس له أن يقتله شرعاً . وقال تاج الشريعة «رح» أو رامياً موضع قوله زانياً . ثم قال : يعني لا يجوز للابن أن يرمي بالحجر نحو أبيه .

(والقصاص يستحقه المقتول) هذا جواب عما يقال : لو استوفى القصاص منه لا يكون استيفاء من الولد ، فان إستيفاء القصاص يمنع من وارث الوالد . وتقدير الجواب أن القصاص يستحقه المقتول أولاً ، ولهذا لو عفى يصح .

(ثم يخلفه وارثه) أي ثم يخلف المقتول وارثه ، والإبن ليس من يستوجب ذلك على أبيه ، وبدون الأهلية لا يثبت الحكم .

(والجد من قبل الرجال أو النساء وإن علا في هذا) الحكم (بمنزلة الأب ، وكذا

الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أم بعدت لما بينــــاه ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط . قال ولا يقتل الرجل بعبده ، ولا مدبره ، ولا مكاتبه ، ولا بعبد ولده ، لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ، ولا ولده عليه ، وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لأن القصاص لا يتجزأ قال ومن ورث قصاصاً على أبيه سقط لحرمة الأبوة قال ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف . وقال الشافعي «رح»

الوالدة والجدة من قبل الأم والأب قربت أم بعدت لما بينا) أشار بــه إلى قوله لأنه سبب لإحيائه (ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط) أي لعدم مسقط القصاص، وهو قيام الواجب وهو سبب الإحياء . وحكي عن أحمد «رح» في رواية شاذة أنه لا يقتل .

(ولا يقتل الرجل بعبده ، ولا مدبره ، ولا مكاتبه ، ولا بعبد ولده) ولا يعلم فيــه خلاف (لأنــه لا يستوجب لنفسه على نفسه) أي لأن الرجل لا يستحق لأجل نفسه (القصاص ولا ولده عليه) بالرفع معطوفة على الضمير المستكن في يستوجب . وجــاز ذلك بلا تأكيد المنفصل لوقوع الفصل يعني : ولا يستوجب ولده على أبيه إذا قتل الأب عبد ولده ، كذا قال الأكمل «رح» ، قلت العطف على الضمير المستكن فيه خلاف بين الكوفيين والبصريين على ما لا يخفى على من له يد في علم النحو .

(وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه) أي إذا كان عبد بين شريكين ، فقتله أحدهما لا يقتل به (لأن القصاص لا يتجزأ) فيضمن لشريكه قيمته وما يخصه من العبد .

(قال) أي القدوري «رح» (ومن ورث قصاصاً على أبيه) مثل أن يقتل الرجل أم إبنه مثلاً (سقط) أي القصاص (لحرمة الأبوة) . لقوله عليه السلام : «أنت ومالك لأبيك» فظاهره يوجب كونه مملوكاً لأبيه . فحقيقة الملك يمنع القصاص كما في المولى إذا قتل عبده . وكذا شبهة الملك باعتبار الظاهر .

(قال : ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف) الحديث الذي يـــأتي (وقال الشافعي «رح» : يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلا مشروعاً) . مثل أن يقطع يد رجل فمات منه

يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلاً مشروعاً ، فإن مات وإلا تحز رقبته لأن مبنى القصاص على المساواة .

فعل به وذلك ويمثل مثل تلك المدة . (فإن مات وإلا تحز رقبته) .

وبه قال مالك وأحمد «رح» وأصحاب الظاهر ولو كان ذلك الفعل غير مشروع ، بأن لاط بصبي أو وطىء صغيرة حتى قتلها أو سقاه خمراً حتى مات ، اختلف أصحابه . قيل يحز رقبته ، وقيل في اللواطة يشحذ آلة على مثل هذا الذكر فيقتل به مثل ما فعل.وقيل في الخمر يسقى الماء حتى يموت ، في الحلية . فالمذهب أنه يحز رقبته .

وكـــذا نهشته حية يقتل بمثله . وإذا حبسه في بيت فيه سبع فافترسه ففيما يقتص به وجهان : ولو فعل به ما فعل ولم يمت ففيه قولان : أحدهما انـه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت ، وبه قال مالك «رح» والثاني أنه يعدل إلى السيف .

(لأن مبنى القصاص على المساواة) وذلك فيما ذكرنا لأن فيـــه مساواة في الأصل والوصف ، أي الفعل والمقصود به . فان قيل قد احتج الشافعي «رح» ومن معـــه بقوله تعالى ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم بـــه ﴾ . وقوله تعالى ﴿ فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ .

وبما روى عن أنس بن مالك «رض» انه قال أن جارية وجدوا رأسها قد رض بين الحجرين ، فسألوها من فعل بك هذا فلان وفلان ؟ حتى ذكروا يهودياً فأومت برأسهـا . فأخذوا اليهودي ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم أن يرض رأسه بالحجارة. وبحديث العراقيين فانهم سملوا أعين الرعاة فسمل النبي صلى الله عليـه وعلى آله وأصحابه وسلم أعينهم .

قلت أما قوله تعالى : ﴿ فعاقبوا ﴾ الآية . فروى الطحاوى رحمه الله عن مقسم، عن ابن‌عباس ، وعن أبي هريرة رضي الله تعالى عنهم : أنه عليه السلام قال لمـــا قتل حمزة رضي الله تعالى عنه ومثل به : « لئن ظفرت بهم لأمثلن‌بسبعين رجلا » . وفي روايـــة : « والله لأمثلن بسبعين رجلا منهم » . فأنزل الله تعالى : ﴿ وإن عاقبتم ﴾ الآيـة . فصبر رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم وكفر عن يمينه ، فعلم أن الآية نزلت في هذا المعنى لا فيما ذكروا .

ولنا قوله عليه السلام لا قود إلا بالسيف والمراد به السلاح

وأما قوله تعالى : ﴿ فاعتدوا ﴾ الآية ، فانها نزلت على المماثلة لا على الزيادة . وفيما قالوا الزيادة في الاستيفاء ، فلا يجوز .

وأما حديث اليهودي فكان بطريق السياسة لأنه كان مشهور بذلك ، فأمر برضه عليه السلام لكونه ساعياً في الأرض بالفساد . لا بطريق القصاص إذ باشارة الجارية برأسها لا يجب القصاص . فان قيل اليهودي أقر بذلك ، قلنا ولئن سلمنا فقد نسخ ، ونسخ المثلة كما في حديث العرافيين .

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم (لا قود إلا بالسيف) هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، منهم أبو بكر ، أخرج حديثه ابن ماجة عنه ، عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم أنه قال : « لا قود إلا بالسيف » .

ومنهم نعمان بن بشير « رض » أخرج حديثه ابن ماجة «رح» أيضاً عنه عليه السلام مثله . وفيه جابر الجعفي «رح» وهو ضعيف . قاله ابن الجوزى وفي موضع آخر قال وقد وثقه الثورى وشعبة .

ومنهم ابن مسعود رضي الله تعالى عنهما ، أخرج حديثه الطبراني «رح» في معجمه عنه مرفوعاً نحوه سواء ، وفيه عبد الكريم ضعفوه .

ومنهم أبو هريرة «رض» أخرج حديثه الدارقطني «رح» أيضاً عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم نحوه . وفيه سلمان بن أرقم « رض » قال الدارقطني : هو متروك .

ومنهم علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه ، أخرج حديثه الدارقطني أيضاً عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم : لا قود في النفس وغيرها إلا بحديدة . وفعل فعل ابن هلال . قال الدارقطني : متروك .

(والمراد به السلاح) أي المراد بقوله عليه السلام : إلا بالسيف ، إلا بالسلاح ، ويؤيده حديث علي رضي الله تعالى عنه المذكور آنفاً .

ولأن فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز ، فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم . قال وإذا قتل المكاتب عمداً وليس له وارث إلا المولى ، وترك وفاء فله القصاص عند أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح . وقال محمد لا أرى في هذا

وقال تاج الشريعة قوله ، والمراد به السلاح هكذا فهمت الصحابة بالمعنى المفهوم دلالة وهو الحز والقطع . كما يقال المراد من نهي الاستيفاء حرمة الإيذاء . وأصحاب عبد الله بن مسعود ، كانوا يقولون : لا قود إلا بالسلاح لفهمهم من اللفظ المظهر النبوي . وذلك لان المراد من السلاح في الاستيفاء الحديد المحدد كالخنجر والسكين . وإنما كنى بالسيف عن السلاح لأن المعد للقتال على الخصوص من بين الاسلحة السيف . فانه لا يراد به لشيء آخر سوى القتال . وقد يراد بسائر الاسلحة منافع سواه . وهو معنى قوله ﷺ : « بعثت بالسيف بين يدى الساعة » يعني السلاح الذى هو آلة القتال .

(ولان فيما ذهب إليه) أى الشافعي «رح» (استيفاء الزيادة) وهو دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله : ولأن مبنى القصاص على المساواة . ووجهه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب إليه لأن فيه الزيادة .

(لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز) بعد فعل ما فعل به فيجب التحرز عنه لأنه أدى إلى انتفاء القصاص (فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم) فان من كسر عظم إنسان سوى السن عمداً ، فانه لا تقبض منه فاذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة ، فلأن يجوز ترك البعض أولى .

(قال) أى القدوري «رح» (وإذا قتل المكاتب عمداً وليس له وارث إلا المولى وترك وفاء فله) أى فللمولى (القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح ») وبه قالت الائمة الثلاثة . إذا كان قاتله عبداً ، أما لو كان قاتله حراً لا يجب القصاص على الحر ، يقتل العبد عندهم ، وسواء ترك وفاء عندهم أو لا ، وعندنا إذا لم يترك وفاء لا يجب القصاص كما يجيء .

(وقال محمد «رح» لا أرى في هذا قصاصاً لانه أشبه سبب الإستيفاء فانه) أى فان سبب

قصاصاً لأنه أشبه سبب الاستيفاء ، فإنه الولاء إن مات حراً والملك إن مات عبداً . وصار كمن قـــال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطئها لإختلاف السبب كذا هذا ولهما أن حق الإستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد ، واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة ، ولا إلى اختلاف حكم ، فلا يبالى به بخلاف تلك المسألة ، لأن حكم اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص

الإستيفاء (الولاء إن مات حراً ، والملك إن مات عبـداً وصـــار) هـذا (كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا ، وقال المولى زوجتها منك ، لا يحل له وطئها لاختلاف السبب فكذا هذا) .

وقال الاكمل كأنه حام حول الدرء بالشبهات (ولهما) أي ولابي حنيفة وأبي يوسف «رح» (أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين) أي على تقدير أن يموت حراً وعلى تقدير أن يموت عبداً .

(وهو) أي المولى (معلوم والحكم متحد) وهو استيفاء القصاص (واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا يبالى به) أي باختلاف السبب كما لو قال المقر لك علي ألف من ثمن عبـد ، وقال المقر له من قرض يجب الالف على المقـر ولا يبالى اختلاف السبب .

(بخلاف تلك المسألة) أي مسألة الجارية (لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح) لان ملك اليمين يثبت الحـل تبعاً ، والنكاح مقصوداً فالحل الثابت مقصود غير الحـل الثابت تبعاً ويختلف أحكامهما . ولما لم يتفقا على أحد الحكمين لم يثبت الحـل (ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى) أي ولو ترك المكاتب المقتول وفاء والحال أن له وارثاً غير مولاه .

(فلا قصاص) أي عند أصحابنا بلا خلاف خلافاً للأئمة الثلاثة « رح » .

فـــإن اجتمعوا مع المولى لأنه اشتبه من له الحق لأنه المولى إن مات عبداً والوارث إن مـــات حراً إذ ظهر الإختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية أو الرق بخلاف الأولى لان المولى متعين فيها وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبداً بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء لانّ العتق في بعض لا ينفسخ بالعجز ،

(وإن اجتمعوا مع المولى لأنه اشتبـــه من له الحق لأنه) أي لأن من له الحق (المولى إن مات عبداً ،والوارث) أي من له الحق الوارث (إن مات حراً إذ ظهر الإختلاف) أي لأنه ظهر الإختلاف (بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية أو الرق) أي على وصف الحرية ، فإن مات حراً أو على وصف الرقية ، بأن مات عبداً فعند علي (رض) وعبـــد الله بن مسعود « رح » يمـوت حراً إذا أديت كتابتـــه . فيكون الاستيفاء لورثته .

وعند زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه يموت عبداً . وبه قـــال الشافعي « رح » ، وأحمد ، فيكون الاستيفاء للمولى ، فلهذا الإختلاف لا يجب القصاص (بخلاف الاولى) أي المسألة الاولى (لان الاولى متعين فيها) فيجب القصاص على الإختلاف .

(وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعاً لأنه مات عبداً بلا ريب لانفساخ الكتابة) بموته . ولم يذكـــر ما إذا مات ولم يترك وفاء له ورثة أرقاء لعدم الفائدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب .

(بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفـــاء) أي لا يجب القصاص للمولى [1] (لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز) لأن ملك الولي لا يعـود بموته ، ولا ينفسخ

---

(١) للولي .

وإذا قتل عبد الرهن في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه ، والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعها ليسقط حق المرتهن برضاه

قال وإذا قتل ولي المعتوه فلأبيه أن يقتل لانه ليس له من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها ، وهو تشفي الصدر فيليه كالإنكاح

بالعجز ما عتق عنه ، وهذا على قول من قال يتجزأ الاعتاق .

(وإذا قتل عبد الرهن في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لأن المرتهن لا ملك له فلا يليه) أى القصاص (والراهن لو تولاه) أى القصاص (لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعها ليسقط حق المرتهن برضاه) وفي المغني والجامع الصغير لفخر الإسلام وغيرهما لا يثبت لهما القصاص وإن اجتمعا كما إذا قتل عبد المكاتب ، فاجتمع المولى مع المكاتب ويجب الدية في مال القاتل في ثلاث سنين . وفي الإيضاح إذا اجتمع للراهن أن تقبل عند أبي حنيفة « رح » وعندهما لا .

وقال الشافعي « رح » وأحمد « رح »: استيفاء القصاص للراهن لأنه هو المالك ، فإذا استوفى لم يجب للمرتهن عليه شيء عند الشافعي « رح » وأحمد « رح » في رواية .

وقال أحمد « رح » في رواية يجب عليه قيمته فيكون رهناً مكانه .

(قال) أى محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا قتل ولي المعتوه) يعني قريبه وهو ابنه (فلأبيه) أى فلأب المعتوه وهو جد المقتول (أن يقتل) وبه قال مالك « رح » ، وأحمد « رح » .

وقال الشافعي « رح » : لم يكن لوليه استيفاءه لأن فيه بطلان حق الصغير والمعتوه ، بل ينتظر بلوغ الصغير ، وإفاقة المجنون ويحبس القاتل (لأنه) ، أى لأن استيفاء القصاص (ليس له من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها) أى إلى النفس (وهو تشفي الصدر فيليه كالإنكاح) .

ولا يتوهم أن كل من ملك الإنكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ ، فإنه يملك

وله أن يصـــالح لانه نظر في حق المعتوه ، وليس له أن يعفو لان فيه إبطـــال حقه ، وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمداً لما ذكرنا .

الإنكاح دون القصاص لأنه شرع للتشفي . وللأب شفقة كاملة بعـد ضرر الولد ضرر نفسه . فجعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للأب بخلاف الأخ .

وقال الأترازي « رح » ، قال بعض الشارحين في هذا الموضع : كل من ملك الإنكاح لا يملك استيفاء القصاص ، فإن الأخ يملك الإنكاح ، ولا يملك استيفـــاء القصاص . فأقول هذا ليس بشيء لأن الأخ يملك استيفـــاء القصاص إذا لم يكن ثمـة ولي أقرب منـه انتهـى .

قلت أراد ببعض الشارحين السكاكي والأكمل « رح » ، فإنهما اللذان ذكر ذلك فيمن ذكرناه مثل ما ذكرا امرأة أمعن نظره فيها أن رده غير موجه .

(وله) أي وللأب (أن يصالح) أي القاتل (لأنه أنظر في حق المعتوه) . لكن هذا فيما إذا صالح على قـــدر الدين ، ولو صالح بأقل منه لم يجـر الحطأ وإن قل . ويجب كمال الدية .

وقال الأترازي (رض) : قال بعضهم في شرحه هذا إذا صالح على مثل الدية فذكر ما ذكرناه الآن نافلا عن السكاكي « رح » : ثم قال : ولنا فيه نظـر ، لأن لفظ محمد « رح » في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح أب المعتوه عن دم قريبه مطلقاً لأنه قال : وله أن يصالح من غير قيد بقدر الدية انتهى .

قلت : في نظـره نظـر ، لأنـــه يجـــوز أن يكون مراد محمد « رح » : وله أن يصالح ، مقيداً بهذا القيد على ما لا يخفى .

وقال الشافعي « رح » في النصوص ، وأحمد « رح » في رواية : لا يجـوز ، لأنه لا يملك إسقاط قصاصه .

وقال الشافعي في قول ، وأحمد « رح » في رواية : يجوز إذا كان الصغير والمجنون محتاجين إلى النفقة ، ولا مال لهما لحاجته إلى المال للحفظ .

(وليس له أن يعفو لأن فيه إبطال حقـــه وكذلك) أي الحكم (إن قطعت يـد

والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك ، إلا أنه لا يقتل لانـــه ليس له ولاية على نفسه ، وهذا من قبيلـــه ويندرج تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس ، واستيفاء القصاص في الطرف ، فإنه لا يستثنى إلا القتل وفي كتاب الصلح أن الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف بالنفس بالإعتياض عنه، فيتزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا أن المقصود من الصلح المـــال، وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لأن المقصود

المعتوه عمداً لما ذكرنا) أي من قوله لأنه من باب الولاية على النفس على تأويل المذكور ويندرج تحت هـــذا الإطلاق وهو قوله : (والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك) أى فيما ذكـــر من الأحكام (إلا أنه) أى إلا أن الوصي (لا يقتـــل لأنه ليس) لأن ليس (له ولاية على نفسه) أي على نفس المعتوه .

(وهذا) أي استيفـــاء القصاص (من قبيله) أى من قبيـــل الولاية على النفس على تأويل المذكور .

(ويندرج تحت هـــذا الإطلاق) وهو قوله : والوصي بمنزلة الأب . (الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف ، فإنه لم يستثن إلا القتل) .

أى فإن محمداً « رح » لم يستثن إلا القتـــل ، والمسألة مذكورة في الجامع الصغير كما ذكـــرنا .

(وفي كتاب الصلح) أي ذكـــر في كتاب الصلح من الأصل (أن الوصي لا يملك الصلح لأنه تصرف في النفس بالإعتياض عنه) . ملحقاً به وهو معنى قوله (فينزل منزلة لاستيفاء) فلا يجوز حينئذ صلح الوصي .

(ووجه المذكور هاهنا) أى في الجامع الصغير (أن المقصود من الصلح : المال وأنه يجب بعقده) أى بعقد الوصي . (كما يجب بعقد الأب) فوجب القول بصحته (بخلاف القصاص) حيث لا يملك الوصي استيفـــاءه في النفس (لأن المقصـــود) من القصاص

التشفـي وهو مختص بالاب ، ولا يملـــك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الإبطال ، فهو أولى ، وقالوا القياس أن لا يملك الوصي الإستيفـــاء في الطرف ، كما لا يملكه في النفس ، لان المقصود متحد ، وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ، فإنهـا خلقت وقاية للأنفس كالمال على ما عرف ، فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال

(التشفي وهو) أى التشفي (مختص بالأب) لقربه و كمال شفقته ، وهذا أمر معهـود من الأب ، والوصي لا ينزل منزلته في التشفي ودرك الثأر .

(ولا يملك) أي الوصي (العفو لان الأب لا يملكه لما فيــه من الإبطال) أى لما في العفو من إبطال حقــه فإذا كان كذلك (فهـو أولى) أى فالعفو من الوصي أولى الإبطال . حاصل الروايات أن الروايات اتفقت في الأب أنه يستوفي القصاص في النفس وما دونها . وأنه يصالح في البابين جميعاً ، ولا يصح عفوه في البابين . واتفقت الروايات في الوصي أنه لا يملك استيفاء النفس ، وأنه يملك استيفاء ما دونها . وأنه يملك الصلح فيما دونهــا ، ولا يملك العفو في البابين . وإنما اختلفت الروايات في الوصي في فصـــل واحد وهو صلحه في النفس على مال . فقال في الجامع الصغير : يصح صلحه .

وقــال في كتاب الصلح لا يصح (وقالوا) أى المشائخ « رح » (القياس أن لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لأن المقصود متحد وهو التشفي . وفي الإستحسان يملكه لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فإنها) أي فإن الأطراف (خلقت وقــاية للنفس[1] كالمال على ما عرف) في الأصول (فكان استيفــاؤه) أي استيفاء الوصي . (بمنزلة التصرف في المال) فيجوز .

وفي المحيط القيـــاس هو قول أبي حنيفة « رح » في رواية وهو الأظهر على قولهما لأنهما يجعلان الطرف كالنفس في حكم القصاص فالنكول .

---

(١) للأنفس .

والصبي بمنزلة المعتوه في هذا ، والقاضي بمنزلة الاب فى الصحيح . ألا ترى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضى بمنزلته فيه وقال من قتل وله أولياء صغار وكبار فللكبار أن يقتلوا القاتل عند

وهو قول الشافعي « رح » لما لا يملكه في النفس ، وفي الإستحسان يملكه . وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » ، وفي جامع أبي الليث « رح » هذا إذا أدرك معتوهاً ، فإن أدرك عاقلا . ثم عنه : لا ولاية للوصي في ماله ولا في نفسه في قول زفر « رح » ، وعند أبي يوسف « رح » : حكمه حكم الذي أدرك معتوهاً سواء .

وفي المبسوط : لو كان يجن ويفيق فهو كالصحيح ، ولو جن بعد القتل إن كان هذا الجنون الحادث مطبقاً يسقط القود وعن محمد « رح » : ولو جن بعد القتل لا بعد . وكذا لوعته بعد القتل ولو قضى عليه بالقتل لا يقتل قياساً .

قال : في موضع آخر: وعن أبي يوسف « رح » قبل الرفع إلى الوالي لا يقتل قياساً ، وبعد الرفع يقتل استحساناً .

(والصبي بمنزلة المعتوه في هذا) أى في القتل والصلح وعدم جواز المعتوه . وقال تاج الشريعة « رح » أي في هذا المعنى للأب أن يستوفي القصاص الواجب للصغير في النفس وما دونها . وقال الشافعي ليس له ذلك .

(والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح) يملك الاستيفاء في النفس ، وفيما دون النفس ، لأن له ولاية في النفس والمال جميعاً .

(ألا ترى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه) أي بمنزلة السلطان . وفي المحيط قال أبو يوسف « رح » ليس للسلطان أن يقتص إذا كان المقتول من أهل دار الإسلام كما للقيط ، كما ليس له أن يعفو بغير مال . وقال الأترازي رحمه الله للسلطان أن يقتل قاتل من لا ولي له أن يصالح وكذلك إذا قتل اللقيط في قول أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » .

(قال :) محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار ،

أبي حنيفة . وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ، لان القصاص مشترك بينهم ، ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزيء ، وفي استيفائهم الكل إبطال حق الصغار ، فيؤخر إلى إدراكهم كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب ، أو كان بين المولين وله أنه حق لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير

فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة « رح ») أي قبل بلوغ الصغار . وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » في رواية ، والليث بن سعد ، وحماد بن سليمان ، والأوزاعي وزاد مالك « رح » وقال : إن كان للمقتول ولد صغير وأخ كبير أو أخت كبيرة فالأخ اختان يقتصان قبل بلوغ الصغير .

(وقالا) أي أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » (ليس لهم ذلك) أي ليس للكبار أن يقتصوا (حتى يدرك الصغار) وبه قال الشافعي « رح » وأحمد « رح » في الأظهر ، وإسحاق ، وعمر بن عبد العزيز ، وابن شبرمة ، وابن أبي ليلى « رح » .

(لأن القصاص مشترك بينهم) أي بين الصغار والكبار .

(ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزيء) لانه تصرف في الروح ، وذا لا يقبل الوصف بالتجزيء .

(وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر) أي القصاص (إلى إدراكهم) أي إلى بلوغهم (كما إذا كان) أي القصاص (بين الكبيرين وأحدهما غائب) فإنه لا يقتص حتى يحضر الغائب (أو كان) أي القصاص (بين المولين) صورته معتق رجلين قتل وأحد موليه غائب ، فليس للحاضر استيفاء القصاص حتى يحضر الغائب .

وفي المبسوط صورته عبد مشترك بين الصغير والكبير ، فقتل ، ليس للكبير استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاجماع .

(وله) أي ولأبي حنيفة (رح) ، (أنه) أي أن القصاص (حق لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع) أي والحال ولايته والشبهة في المال .

منقطع . فيثبت لكل واحد كملا ، كما في ولاية الإنكاح ، بخلاف الكبيرين لأن احتمال العفو من الغائب ثابت ومسألة المولين ممنوعة

قال : ومن ضرب رجلا بمر فقتله فإن أصابه بالحديد قتل به ،

(فيثبت) أي حق القصاص (لكل واحد كملاً) أي على الكمال . (كما في ولاية الإنكاح) حيث يجوز لأحد أولياء الصغير أن يزوجه لأن لكل واحد منهم ذلك (بخلاف الكبيرين) إذا كان أحدهما غائباً فليس للحاضر أن يقبض (لأن احتمال العفو من الغائب ثابت) بلا شبهة .

(ومسألة المولين ممنوعة) ، هذا جواب عن قوله : أو كان بين المولين قالوا : أنه لا ولاية في هذا فيمنع . ونقول : لا نسلم أن لا ينفرد أحدهما للاستيفاء ، ولئن سلمنا فنقول: إن أحد المولين إنما لم ينفرد بالاستيفاء لأن السبب لم يكمل في حقه لأن بعض الملك ، وبعض الولاء ليس بسبب أصلا ، فصارا جميعاً كشخص واحد .فثبت ملك قصاص واحد لشخص واحد ، بخلاف السماية ، فإنها سبب كامل لإستحقاق كل القصاص.

وفي المبسوط احتج أبو حنيفة « رح » أيضاً بما روى أن الحسن بن علي رضي الله تعالى عنهما قتل عبد الرحمن بن ملجم حين قتل علياً « رض » ، وفي أولاد علي « رض » صغار ولم ينتظر بلوغهم .

وفي الأسرار : روى عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أنه لما أصابه ابن ملجم قال في وصيته : « أما أنت يا حسن فإن شئت أن تقتص فاقتص بضربة واحدة وإياك والمسألة » .

فلما مات علي رضي الله تعالى عنه قتل به وفي ورثة علي صغار منهم العباس « رض » ابن علي « رض » وكان له أربع سنين وذلك بحضرة الصحابة « رض » من غير نكير .

(قال) محمد « رح » في الجامع الصغير :(ومن ضرب رجلا بمر) ، بفتح الميم وتشديد الراء ، قال صاحب المغرب هو الذي يعمل به في الطين . (فقتله فإن أصابه بالحديد) أي بالحديد الذي في أحد طرفي المر ، (قتل به) بلا خلاف لوجود القتل على وجه الكمال .

وإن أصابه بالعود فعليه الدية. قال رضي الله عنه، وهذا إذا أصابه بحد الحديد لوجود الجرح، فكمل السبب . وإن أصابه بظهر الحديد فعندهمـــا ويجب ، وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » اعتباراً منه للآلة وهو الحديد وعنه إنما يجب إذا جرح وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان . وأما إذا ضربه بالعود فإنما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم .

(وإن أصابه بالعود) الذي هو أحد طرفي المر (فعليه الدية . قال رضي الله عنـــه) أى المصنف رحمه الله (وهذا) أى وجوب القصاص (إذا أصابه بحد الحديـــد لوجود الجرح فكمل) أى الجرح هو (السبب) أى سبب القصاص .

(وإن أصابه بظهر الحديد فعندهما) أى عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (يجب) أى القصاص . وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح » .

(وهو) أى قولهما (رواية عن أبي حنيفة « رح » اعتباراً منه للالة وهو الحديد)لأن الحديد سلاح كله حدة وعرضه في ذلك سواء .

(وعنه) أى وعن أبي حنيفة رحمه الله (إنما يجب) أى القصاص(إذا جرح) كـــذا ذكره الطحاوي رحمه الله (وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى) .

قال الأترازي « رح » : في هذه الحوالة نظر . وقال السكاكي رحمـــه الله : هـــو قوله بعـــد ذلك ، ولا يماثـــل بين الجرح والدق ، لقصور الثاني عن تخريب الظاهـــر إلى آخـــره .

(وعلى هذا) أى وعلى هذا الإختلاف (الضرب بسنجات الميزان) يعني إذا كانت من حديد (وأما إذا ضربه بالعود ، فإنما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة ، وامتنـــاع القصاص حتى لا يهدر الدم) يعني لما وجد قتل النفس المعصومة وامتناع وجوب القصاص، وجبت الدية حتى لا يهدر دم المقتول .

ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة ، فيكون قتلا بالمثقل ، وفيه خلاف أبي حنيفة « رح » ، على ما نبين . وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي « رح » ، وهي مسألة الموالاة . له أن الموالاة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ، ولنا ما رويناه إلا أن قتيل خطأ العمد ويروي شبه العمد الحديث ولأن فيه شبهة عدم العمدية لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب

(ثم قيل هو) أي عود المر إذا كان لا يلبث (بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل) كمدقة القصابين وحجر الرحى ، لا يجب القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله ، وإليه أشار بقوله (وفيه خلاف أبي حنيفة رحمه الله على ما نبين) إن شاء الله تعالى ، فتجب الدية في ماله في ثلاث سنين ، لأنه عمد . وعندهما يجب القصاص لأنه قتل عمد . وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح » .

(قيل هو بمنزلة السوط) يعني إذا كان العود مما يثبت . (وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهي مسألة الموالاة) ، يعني في الضرب بالعصا الصغيرة أو الحجر الصغير ، إذا والى الضربات ، لا يجب القصاص به . وقال الشافعي رحمه الله : إذا والى الضربات على وجه لا تحمله النفس عادة لأنه دلالة القصد إلى القتل . وبه قال مالك « رح » وأحمد رحمه الله وهو معنى قوله.

(له) أي للشافعي رحمه الله (أن الموالاة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية فيتحقق الموجب) للقصاص . (ولنا ما روينا إلا أن قتيل خطأ العمد) قتيل السوط والعصا ، ولم يفصل بين الموالاة وغيرها .

(ويروى شبه العمد الحديث) وقد مضى من حديث عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما : « إلا أن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا » الحديث .

(ولأن فيه شبهة عدم العمدية لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب) لأنه قد يشرع حداً وتعزيراً في مواضع لا يكون القتل مشروعاً ، فلو كان ذلك دلالة القصد لم يشرع في موضع لا يكون القتل مشروعاً .

لعله اعتراه القصد في خلال الضربات ، فيعرى ، أول الفعل عنه ، وعساه أصاب المقتل والشبهة دارئة للقود ، فوجبت الدية قال ومن غرق صبياً أو بالغاً في البحر ، فلا قصاص عند أبي حنيفة . وقالا يقتص منه ، وهو قول الشافعي . غير أن عندهما يستوفى حزاً . وعنده يغرق كما بيناه من قبل . لهم

(أو لعله اعتراه القصد في خلال الضربات) أى أو لعل الضارب شبه القصد في أثناء الضربات (فيعرى أول الفعل عنه) أى فيخلوا أول الضرب عن القصد ، فيتمكن الخلل في العمدية . (وعساه أصاب المقتل) أى لعل أول الفعل ، وهو الضربة ، أصاب المقتل، فالشبهة إلى القتل فلا يدل ذلك على العمد .

(والشبهة دارئة للقود) فلا يجب القصاص . (فوجبت الدية) في ثلاث سنين .

(قال) أى محمد « رح » في الجامع الصغير : (ومن غرق صبياً أو بالغاً في البحر فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا يقتص منه ، وهو قول الشافعي « رح » غير أن عندهما) أى عند أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » (يستوفى حزاً) أى تحز الرقبة بالسيف .

(وعنده) أى وعند الشافعي « رح » (يغرق كما بيناه من قبل) وهو أنه يفعل به بمثل ما فعل .

(لهم) قال شيخنا العلاء الشافعي « رح » ولهما ، لكن استدلال الشافعي « رح » بالحديث المذكور واستدلالهما بالقول .

وقال تاج الشريعة « رح » : النص يقتضي التفريق ، وهو مذهب الشافعي « رح » ،

قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولأن الآلة قاتلة فاستعمالها أمارة العمدية ولا مراء في العصمة وله قوله عليه السلام إلا أن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا . وفيه وفي كل خطأ أرش. ولأن الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر إستعمالها فتمكنت شبهة عدم العمدية ، ولأن القصاص ينبئ عن المماثلة .

الحديث غير موصول إلى النبي ﷺ ، ولئن صح ، فهو محمول على السياسة ، بإضافة التغريق إلى النبي ﷺ حيث (قوله عليه السلام : من غرق غرقناه) ولم يقل من غرق . قلت : الحديث مرفوع ولكنه ضعيف على ما يجيء عن قريب في الجامع الصغير .

ولو أحمى تنوراً فألقاه في النار ولا يستطيع الخروج منها ، فأحرقته ففيه القود . وفيه إشارة إلى أن الإحماء يكفي للقود وإن لم تكن فيه النار . وفي جمع التفاريق : هو الصحيح ، ولو ألقاه في نار ثم أخرج وبه رمق فمكث مضنى منه حتى مات ففيه القود ، وإن كان يجيء ويذهب فلا . ولو أوجره سماً كرهاً أو تأويله ، أو أكرهه على شربه فلا قود فيه .

(ولأن الآلة قاتلة) هذا استدلالهما ، بيانه أن الماء الذي لا ينجي منه عادة قاتل ، قيـــل هذا الماء أدى القتل (فاستعمالها إمارة العمدية) أي باستعمال هـــذه الآلة علامة العمدية .

(ولا مراء) أي ولا شك (في العصمة) أي عصمة المحل لأن كلامنا فيما إذا كان المقتول محقون على التأبيد وقد وجد فيجب القصاص .

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (قوله عليه السلام : إلا أن قتيل خطأ العمد قتيل السوط

ومنه يقال اقتص أثره ، ومنه المقصة للجلمين . ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر ، وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح غالب ، وبالثقل نادرة ، ومـــا رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة ،

بقوله (ومنه يقال اقتص أثره) أي تبعه (ومنه المقصة) وهو المقراض يقال (للجلمين) : الجلم الذي يجز به وهما جلمان يعني سميت المقصة : مقصة لأن كل واحد من الجلمين يماثل الآخر ، وقال شيخي العلاء رحمة الله عليه : قوله للحكمين ، هكـــذا بتصحيح شيخي رحمة الله عليه . ووقـــع في النسخ : للحكمين . ولا وجه له لأن الحكم الذي يجريـه كما ذكرناه .

(ولا تماثل بين الجرح والدق) لأن الدق يعمل في الباطن دون الظاهر ، والجـــرح بالسيف يعمل في الظاهر والباطن والتفريق لا يعمل في الظاهر والباطن جميعاً أشار إليه بقولـه (لقصور الثاني) أي الدق (عن تخريب الظاهر ، وكـــذا لا يتماثلان) أي الجرح والدق .

(في حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح غالب وبالثقل نادر) وشرعية الزجر في الغالب لأن في النادر ، ولهذا شرع الحد في شرب الخمر لا في شرب البول .

(وما رواه) أي ما رواه الشافعي رحمه الله من قوله: من غرق غرقناه (غير مرفوع) أي غير مرفوع إلى النبي ﷺ . وقال السكاكي « رض » أي غير ثابت ، وإنمـا هو من كلام راوية : ولا يلزم التحريق ، وهو منهي . قـال ﷺ : لا يعـذب بالنـــار إلا رب النـــار .

قلت : قد ذكرنا أن البيهقي رواه مرفوعاً ولكنه ضعيف لا تقوم به الحجة ، وأجاب عنه المصنف بجواب آخر وهو قوله (أو هو محمول على السياسة) .

هذا ... جواب بطريق التسليم ، يعني ولئن سلمنا أنه مرفوع ، ولكنه محمول على السياسة وقد مر الكلام فيه عن قريب .

وقد أومت إليه إضافته إلى نفسه فيه وإذا امتنع القصاص وجبت الدية، وهي على العاقلة، وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة. قال ومن جرح رجلاً عمداً فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر، فأضيف إليه. قال وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين

(وقد أومت إليه اضافته إلى نفسه فيه) أي إشارة إلى الحمل على السياسة أضافة النبي ﷺ فعل التفريق إلى نفسه بإسناد الفعل حيث قال : غرقناه . وقد مر الكلام فيه، وقيل هو منسوخ بقوله ﷺ : « لا يعذب بالنار إلا رب النار » وقد ذكرنا أن تمام الحديث : « من حرق حرقناه » . ولا يقال أن بعض حديث واحد منسوخ دون البعض .

(وإذا امتنع القصاص) أي في التفريق (وجبت الدية وهي على العاقلة) أي عاقلة الذي غرق في ثلاث سنين، لأنه شبه العمد، وقد مر حكم شبه العمد أشار إليه بقوله (قد ذكرناه) أي فيما مضى عند ذكر شبه العمد .

(واختلاف الروايتين في الكفارة) اختلاف الروايتين بالرفع لأنه مبتدأ، وقوله في الكفارة خبره يعني اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة « رح » لا في شبه العمد في الكفارة في القتل في المثقل . في رواية تجب، وفي رواية لا تجب لا في الدية فإن الدية تجب بلا تردد، ورواية وجوب الكفارة هي الصحيح .

(قال) أي القدوري رحمه (ومن جرح رجلا عمداً فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص) إلى هذا كلام القدوري « رح » . وقال المصنف رحمه الله : (لوجود السبب) وهو سفك دم محقون على التأبيد عمداً (وعدم ما يبطل حكمه) أي ولعدم ما يبطل حكمه، أي حكم الدم المحقون على التأبيد من العفو أو الشبهة (في الظاهر فأضيف اليه) أي إلى الظاهر، لأن الظاهر أنه مات بذلك الكسب لعدم تحلل البرء، فأضيف إليه، فوجب القصاص .

(قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين

فقتل مسلم مسلماً ظن أنه مشرك ، فلا قود عليه ، وعليه الكفارة لأن هذا أحد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ، ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق بـــه نص الكتاب ، ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبي حذيفة رضي الله تعالى عنه

فقتل مسلم مسلماً ظن أنه مشرك فلا قود عليه) أى فلا قصاص عليه (وعليه الكفارة لأن هذا أحد نوعي الخطأ) ، وهو الخطأ في القصد ، (على ما بيناه) فيما مضى في بيان تقسيم القتل في أول كتاب الجنايات .

(والخطأ بنوعيه) أي الخطأ في القصد والخطأ في الفعل ، وقد مر فيما مضى . وقوله: والخطأ ، مبتدأ . وقوله : (لا يوجب القود) خبره ، أى القصاص . (ويوجب الكفارة وكذا الدية) بالنصب عطفاً على قوله الكفارة ، وكذا يوجب الدية . (على ما نطق به نص الكتاب) وهو قوله عز وجل ، « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة فديــة مسلمة إلى أهله » .

(ولما [1] اختلفت سيوف المسلمين على اليمان) بفتح الياء أو الحروف ، وتخفيف الميم ، وفي آخره نون ، وهو اسم لوالد (أبي حذيفة « رض ») ولهذا بينه بقوله أبي حذيفة رضي الله تعالى عنه وهذا بحسب انظاهر على ألسنة الناس . وفي نفس الأمر على ما قال ابن شاهين في المعجم حدثنا عبد الله بن محمد « رح » قــال : حدثني عمر « رض » عن أبي عبيدة « رح » قال : حذيفة بن حنبل « رح » بن جابوس ربيعة بن عمرو بن اليمان «رض» وإنما قيل حذيفة « رض » بن اليمان لأنه من بلد اليمان من خردة ابن الحارث بن قطيعه بن عبس . مات حذيفة بالمدائن سنة ست وثلاثين . .

فاليمان أنه كان اسماً موضوعاً له يجب أن يجري بوجوب الإعراب . وإن كان مستوياً إلى اليمن يجب كسر نونه لأنه حذفت منه ياء النسبة ، وعوض منهـــا الألف ، وبقيت النون على حالها .

وأما قصته فإنه قتل في غزوة الخندق ، قتله المسلمون وهم يظنون انه مشرك .

---

(١) والما اختلفت

قضى رسول عليه السلام بالدية ، قالوا إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين فإن كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قـــال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم . قال : ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله ، فعلى الأجنبي ثلث الدية لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لكونـــه هدراً في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة

(قضى رسول الله ﷺ بالدية) فوهبها حذيفة لهم .

(قالوا) أي المشايخ (إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين) أي المسلمون والكفار (فإن كان) أي المسلم (في صف المشركين لا تجب الدية لسقوط عصمته بتكثير سوادهم ، قـــال عليه الصلاة والسلام) ، أي قال النبي ﷺ : (من كثر سواد قوم فهو منهم) هـــذا الحديث رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده ، حدثنا أبو همام ، حدثنا ابن وهب ، أخبرني بكر بن بصر ، عن عمرو بن الحارث : أن رجلاً دعى عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنهما إلى وليمة ، فلما جاء ليدخل سمع لهواً ، فلم يدخل . فقال له : لم رجعت ؟ قـــال : إني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من كثر سواد قوم فهو منهم ، ومن رضي عمل قوم كان شريك من عمل » .

وفي المجتبى : وهذا حـــال من كثر سوادهم ولم يتزين بزيهم ولم يخلق بأخلاقهم ، فكيف حال المتزين بزيهم والمتخلق بأخلاقهم في زماننا . وأخرج أبو داود في سننه من حديث ابن عمر « رض » تعالى عنهما قال ، قال رسول الله ﷺ : « من تشبـــه بقوم فهو منهم » .

(قال) أي محمد رحمـــه الله في الجامع الصغير (ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله ، فعلى الاجنبي ثلث الدية ، لأن فعل الأسد والحية جنس واحد ، لكونه هدراً في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيـــا معتبر في الآخرة) . وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة (حتى يؤثم عليه) قـــال

حتى يؤثم عليـــه ، وفي النوادر أن عنـد أبي حنيفـة « رح » ومحمد « رح » يغسل ويصلى عليـــه وعند أبي يوسف « رح » يغسل ولا يصلى عليه ، وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشــــائخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد ، فلم يكن هدراً مطلقـــاً وكان جنساً آخر وفعل الأجنبي معتبر فى الدنيـــا والأخرة . فصارت ثلاثة أجناس ، فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعـــال ، فيكون التآلف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم .

الشافعي « رح » وأحمد « رح » في قول يجب على الاجنبي الدية لأنه عمد محض .

(وفي النوادر أن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى) يعني هذا الرجل الذي شج نفسه (يغسل ويصلى عليه ، وعند أبي يوسف « رح » : يغسل ولا يصلى عليه) لأنـــه باغ على نفسه .

(وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشائخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيـــد) وهما كتابان من جملة مصنفات المصنف ، وفي بعض النسخ : على ما كتبناه .

وفي تجنيس المصنف قال الحلواني : يصلى عليه لأنه لو تاب قبلت توبته . وقـــال السعدي : لا يصلى عليه لأنه لا تقبل توبته لما أنه باغ على نفسه .

(فلم يكن) أي دم الرجل المذكور (هدراً مطلقاً) يعني في أحكام الدنيا (وكان جنساً آخر وفعل الأجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت) أي الجناية (ثلاثة أجناس فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال) فعل نفسه ، وفعل الأجنبي وفعل الأسد والحية (فيكون التآلف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم) .

فصـــل

قال : ومن شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه لقوله عليه السلام: « من شهر على المسلمين سيفاً فقـــد أحل دمه » ، ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولأنه تعين طريقاً لدفع القتل عن نفسه فله قتله . وقوله

(فصـــل)

أي هذا فصل في بيان ما هو بمنزلة التبع للقصاص ، وهو القصاص في الأطراف .

(قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير ، (ومن شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه لقوله ﷺ من شهر على المسلمين سيفاً فقد أحل دمه) هذا الحديث غريب بهـذا اللفظ ، وروى النسائي في سننه من حديث طاووس عن ابن الزبير « رض » قال : قـال رسول الله ﷺ : « من شهر سيفه ثم وضعه فهو هدر » .

ومن طريقه رواه الطبراني في معجمه وزاد يعني وصعد : ضرب به . وروى أحمـد « رح » في مسنده والحاكم في المستدرك من حديث عائشة « رض » قالت : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من أشـــار بحديـــدة إلى أحـــد من المسلـــين يريد قتلـــه وجب دمه » .

قوله أحل دمه : أي أهدر دمه ، إذا هدره صار دمه مباحاً .

(ولأنه باغ) أي ولأنه شاهر السيف ، باغ لأنه شهر سيفه عليهم وقصد قتلهم . صار حرباً عليهم فكان باغياً .

(فتسقط عصمته ببغيه) أي فبطلت عصمة دمه للمحاربة . قال الله تعالى: ﴿ فقاتلوا التي تبغى حتى تفيء إلى أمر الله ﴾ .

(ولأنه) أي ولأن القتل (تعين طريقاً لدفع القتل عن نفسه) أي عن نفس المشهور عليه فإذا كان كذلك (فله قتله) أي قتل الشاهر حتى لو أمكنه بطريق آخر لا يسعه قتله ولا يعلم فيه خلاف .

(وقوله) ، قال السكاكي : أي قال صاحب المختصر . قلـــت : إن أراد بالمختصر

فعليهم ، وقول محمد « رح » في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب ، والمعنى وجوب دفع الضرر . وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً ، أو شهر عليه عصاً ليلاً في مصر أو نهاراً في طريق ، في غير مصر ، فقتله المشهور عليه عمداً ، فلا شيء عليه لما بينا . وهذا لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة . وإن كان يلبث ولكن في الليل ، لا يلحقه الغوث

مختصر القدوري ، فالقدوري لم يذكر هذه المسألة ، وإنما ذكرها في الجامع الصغير . والصواب ما ذكره تاج الشريعة « رح » أي قول محمد « رح » في المبسوط . (فعليهم . وقول محمد « رح » في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه) والحاصل في هذا أن لمحمد « رح » عبارتان : أحداهما التي ذكرها في المبسوط بقوله : فعليهم . والأخرى التي ذكرها في الجامع الصغير بقوله : فحق على المسلمين . والعبارتان تدلان على معنى واحد وهو وجوب قتل الشاهر الباغي المذكور .

وقول المصنف : وقوله ، أي قول محمد : مبتدأ ، وقول محمد عطف عليه .

وقوله (إشارة) خبر المبتدأ . أي يشير القولان بأن قتله واجب (إلى الوجوب والمعنى) من كلام المصنف ، أي معنى الوجوب (وجوب دفع الضرر) لأن دفع الضرر واجب لا أن يكون غير القتل واجباً . وهذا قتل الحربي لا بعينه ، بل لدفع كلمة الله عز وجل .

(وفي سرقة الجامع الصغير : ومن شهر على رجل سلاحاً ليلا أو نهاراً ، أو شهر عليه عصاً ليلا في مصر ، أو نهاراً في طريق في غير مصر ، فقتله المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه لما بينا) إشارة إلى الحديث المذكور والى المعنى المعقول .

(وهذا) أي عدم شيء عليه (لأن السلاح لا يلبث) يعني ليس فيه مهلة للرفع بغير قتل (فيحتاج إلى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة ، وإن كان يلبث ، ولكن في الليل لا

فيضطر إلى دفعه بالقتل . وكذا في النهار في غير المصر، في الطريق لا يلحقـــه الغوث، فإذا قتله كان دمه هدراً . قالوا فإن كان عصا لا تلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح عندهما . قال : وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه عمداً فعليـــه الدية في ماله . وقال الشافعي « رح » لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة . وعن أبي يوسف « رح » أنه يجب الضمان في الدابـــة، ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي« رح » أنه قتله دافعاً عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر، ولأنه

يلحقه الغوث) يعني لا يلحقه من يخلصه منه (فيضطر إلى دفعه بالقتل ، وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث ، فإذا قتله كان دمه هدراً) يعني لا يلزمـــه شيء . (قالوا) أي المشايـــخ (فإن كان عصا لا تلبث يحتمل أن يكون مثل السلاح عندهما) إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد (قال) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير (وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه عمداً فعليه الدية في ماله ، وقال الشافعي « رح » : لا شيء عليه) .

وكذا الصبي والدابة على ما يجيء الآن . وبه قال مالك وأحمد « رح » وأكثر أهـل العلم ، وعند مالك « رح » في المضطر كذلك . أما لو كان العامل عبداً أو صيـد الحرم لا يضمن بلا خلاف .

(وعلى هذا الخلاف) المذكور بيننا وبين الشافعي «رح»(الصبي) إذا مال على إنسان (والدابة) أي للحمل مثلا أو لغيره صال على إنسان فقتله المصول عليه، لا يضمن عندنا خلافاً للشافعي .

(وعن أبي يوسـف « رح » أنه يجب الضمان في الدابة ، ولا يجـــب في الصبي والمجنون) . وقال الطحاوي في مختصره : وقال أبو يوسف : اني استقبح في هذا ان أضمنه قيمته ، يعني في البعير إذا صال على إنسان .

(للشافعي أنه قتله دافعاً) أي للشر (عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولأنه) أي

يصير محمولاً على قتله بفعله فأشبه المكره . ولأبي يوسف « رح » أن فعـــل الدابة غير معتبر أصلاً حتى لو تحقق لا يوجب الضمان . أما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابـــة لحق مالكها ، فكان فعلهما مسقطاً للعصمة دون فعـــل الدابة . ولنا انه قتل شخصاً معصوماً أو أتلف مالاً معصوماً حقاً للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً .

ولأن المشهور عليه (يصير محمولاً على قتله) أى قتل الشاهر (بفعله) أى بفعـل الشاهر (فأشبه المكره) يعني مع علمه أن هذا الفعل يسقط عصمة دمه ، صار كأنه اكرهه على قتله ، فيكون المشهور عليه مكرهاً بهذا الطريق . هكذا ذكره الرغوي .

وقـال الأكمل « رح » قوله : فأشبه المكره ، يعني أن المكره لمـــا صار مسلوب الاختيار من جهة المكره ، أضيف التلف إلى المكره ، فكذلك المصول عليه . وقيـــل معناه فأشبه المكره يعود على المكره فيقتله .

(ولأبي يوسف « رح » أن فعل الدابة غير معتبر أصلاحتى لو تحقق) أى فعل الدابة (لا يوجب الضمان) لقوله عليه السلام: جرح العجماء جبار .

(أما فعلهما) أى فعل الصبي والمجنون (معتبر في الجملة حتى لو حققاه) ، أى الفعل وأتلفا مالاً أو نفساً ، (يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما) أى عصمة الصبي والمجنون (لحقهما) أى لأنفسهما لا لحق الغير .

(وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطاً للعصمة دون فعل الدابة . ولنـــا أنـــه) أى أن المشهور عليه (قتل شخصاً معصوماً) بالعصمة الأبدية (أو أتلف مالاً معصوماً حقاً للمالك) فيجب الضمان . (وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً) للعصمة الثابتة حقاً للمالك ، والأذى وجد في الدابة لا من المالك ، فلا يجب بطلان العصمة الثابتة للمالك ولا يرد عليه العبد الصائل لأن عصمة دم العمد تثبت حقاً له، ولهذا ليس للمولى سفك دمه وأما صيد الحرم فلأن عصمته إنما تثبت بالشرع لحرمته أو لحرمـة الحرم مؤقتاً ، أى إلى

وكذا فعلها وإن كانت عصمتها حقهما لعدم اختيار صحيح ، ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لأن له اختياراً صحيحاً . وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيح ، وهو دفع الشر فتجب الدية . قال: ومن شهر على غيره سلاحاً في المصر فضربه ثم قتله الآخر ، فعلى القاتل القصاص . معناه إذا ضربه فانصرف لأنه خرج من أن يكون محارباً بالإنصراف فعادت عصمته . قال : ومن دخل عليه غيره ليلاً وأخرج السرقة

غاية الأذى ، فإذا وجد الأذى من جهته لم يبق معصوماً .

(وكذا فعلهما) أي وكذا فعل الصبي والمجنون لا يصلح مسقطاً (وإن كانت عصمتها حقهما) يعني لأنفسهما لا لحق الغير (لعدم اختيار صحيح ولهذا) أي ولأجل عدم الاختيار الصحيح منهما (لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما) أي من الصبي والمجنون .

(بخلاف العاقل البالغ لأن له اختياراً صحيحاً) فيجب القتل بتحقق الفعل منه (وإنما لا يجب القصاص) على المشهور عليه (لوجود المبيح وهو دفع الشر) فإذا لم يجب القصاص (فتجب الدية) فصار كأكل مال الغير حال المخمصة ، فانه يحل ويجب الضمان فكذا هنا .

(قال) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن شهر على غيره سلاحاً في المصر فضربه) أي الشاهر (ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص) . وقال المصنف رحمه الله (معناه) أي معنى هذا (ضربه فانصرف) يعني أشهر سيفه وضربه ، ثم انصرف وترك الضرب ثم قتله المشهور عليه ، فعليه القصاص ولا قصاص على الشاهر (لأنه خرج من أن يكون محارباً بالإنصراف فعادت عصمته) لأنه لما شهر حل دمه دفعاً لشره فلما لم يقتله وكف عنه ، اندفع شره وعادت عصمته فعلى القاتل القصاص .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة) أي

فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليـه السلام : قاتل دون مالك .
ولأنه يباح له القتل دفعاً في الإبتداء ، فكذا استرداداً في الإنتهاء .
وتأويل المسألة إذا كان لايتمكن من الاسترداد إلا بالقتل والله أعلم .

التي سرقها (فأتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام « قاتل دون مالك») هذا جواب من حديث طويل أخرجه البخاري «رح» في تاريخه الوسط ، عن أبي هريرة « رض» قال: أتى رجل إلى النبي ﷺ ، الحديث ،وفيه « قاتل دون مالك » . روى مسلم عن أبي هريرة « رض » قال جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال أرأيت إن جاء رجل يريد أن يأخـذ مالي ؟ قال فلا تعطه مالك . قال أرأيت إن قاتلني ؟ قال قاتله . قال أرأيت إن قتلني ؟ قال أنت شهيد . قال أرأيت إن قتلته ؟ قال هو في النار .

(ولأنه) أي ولأن المدخل عليه ليلا (يباح له القتل أي قتل الداخل (دفعـاً في الابتداء) أي دفعاً لشره في ابتداء الأمر (فكذا استرداداً) أي فكذا له القتل لأجل استرداد ما أخذه (في الانتهاء) لأنه أسهل في الابتداء .

وقال المصنف «رح» (وتأويل المسألة إذا كان لا يتمكن من الإسترداد إلا بالقتل والله أعلم) يعني فحينئذ يباح له القتل ، وأما إذا علم أنه لو صاح به يترك ما أخذه ويذهب فلم يفعل هكذا ، ولكن إن قتله كان عليه القصاص لأنه قتله بغير حق ، كالمالك إذا قتـل الغاصب لأنه يتمكن من استرداد المـال من يده بدون القتل ، كذا ذكره فخر الدين قاضي خان .

والعجب من الأترازي أنه قال الأصل في هذا ما روى الترمذي في جامعه بإسناده إلى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل ، عن النبي ﷺ قال« من قتل دون ماله فهو شهيد»الحديث قال وذكر مسلم أيضاً باسناده إلى عبدالله بن عمر «رض» عن رسول الله ﷺ قال من قتل دون ماله فهو شهيد . فمن أين يؤخذ من هذا الحديث جواز قتل من دخل عليه ليـلا وأخرج مـا أخذه ؟ فالمصنف استدل بالحديث الذي ذكرناه ، وكان ينبغي أن يستدل بالحديث المذكور من المتن ، وبين وجهه فالظاهر انه لم يقف عليه واستدل بالحديث الذي ذكره بالحرف الثقيل ،وهذا ينافي دعواه الطويلة العريضة في هذا الباب والله أعلم.

باب القصاص فيما دون النفس

قال : ومن قطع يد غيره عمداً من المفصل قطعت يده ، وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة ، لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ وهو ينبىء عن المماثلة ، فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا .

(باب القصاص فيما دون النفس)

أي هذا باب في بيان أحكام القصاص فيما دون النفس وهو الأطراف لأنه لما ذكر أحكام النفس أعقبها ببيان حكم ما دون النفس ، والجزء يتبع الكل .

(قال) أي القدوري (ومن قطع يد غيره عمداً من المفصل قطعت يده) هذا كلام القدوري « رح » وقال المصنف (وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة) أي وإن كانت يد القاطع أكبر من يد المقطوع ، وقال الكرخي في مختصره وكل عمد بآلة جارحة من مفصل ففيه القصاص ، وما كان من غير المفاصل فلا قصاص فيه . فإذا بان الكف من الزند ومن مفصل الذراع أو القدم من مفصل القدم أو إصبعاً في الكف من المفصل ، أو مفصلا من مفاصل الإصبع ، ففيه القصاص وسواء كانت الجناية فيما دون النفس بسلاح أو غيره وذلك سواء ، وفيه القصاص إذا اعتمد ذلك (لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾) وفي الإيضاح وغيره فيما دون النفس مشروع بهذه الآية ويحدث ربيع عن أنس بن مالك انها كسرت سن جارية من الانصار فأتوا النبي ﷺ فأمر بالقصاص وهو مشهور وبإجماع الائمة « رض » .

(وهو) أي القصاص (ينبىء عن المماثلة فكل ما أمكن رعايتها فيه) أي في رعاية المماثلة فيه (يجب فيه القصاص وما لا فلا) أي وما لم يكن فيه رعاية المماثلة فلا يجب

وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليـــد وصغرها ، لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك ، وكذلك الرجل ومارن الأنف والأذن لإمكان رعاية المماثلة . قال ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع

القصاص كما إذا كسر عظماً أو ساعداً أو كسر ضلعاً أو ترقوة أو مـــا أشبه ذلك ففيه حكومة عدل ، وإذا أجرى الأطراف مجرى الأموال ، اعتبرت المماثلة ، ولأنهم اجمعوا أن الصحيحة لا تؤخذ بالشلاء ولا بالنشاء قصة الأصابع لعدم المماثلة ، وأجمعوا ايضاً أن اليمنى لا تؤخـــذ باليسرى ، ولا اليسرى باليمنى ، ولا يؤخذ شيء من الاعضاء إلا بمثله من القاطع : الإبهام بالإبهام ، والسبابة بالسبابة ، والوسطى بالوسطى ، والخنصر بالخنصر والبنصر بالبنصر . وكذلك الاسنان الثنية بالثنية ، والناب بالناب ، والضرس بالضرس . ولا يؤخذ الأعلى بالأسفل ، ولا الأسفل بالأعلى .

وكذلك الشجاج والجراحات لا تقتضى فيما يجب القصاص منه إلا في موضع الشجة والجراحة في المشجوج والمجروح .

(وقد أمكن في القطع) أي في قطع اليد (من المفصل فاعتبر) لإمكان (ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك) أي بكونها صغيرة أو كبيرة لأن منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بالصغر والكبر ، ولا يعلم فيه خلاف .

قال القدوري (وكذلك الرجل) أي وكذلك يجب القصاص إذا قطع رجل إنسان عمداً من مفصل (ومارن الأنف) وهو ما لان منه (والاذن لإمكان رعاية المماثلة) وإنما قيد بالمارن لأنه إذا قطع قصبة الأنف لا يجب القصاص لانها عظم ، ولا قصاص في العظم سوى السن ، وأما الأذن إذا قطع كلها وجب القصاص لإمكان المماثلة ، وإن قطع بعضها. وللقطع حد يعرف أمكنه المماثلة فيجب القصاص ، وإن لم يكن يعرف سقط القصاص كذا ذكر القدوري في شرحه .

(قال) أي القدوري «رح» (ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع

المماثلة في القلــع ، وإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لإمكان المماثلة على ما قـــال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة « رض » . قال وفي السن القصاص لقوله تعالى ﴿ والسن بالسن ﴾ ، وإن كانت سن من يقتص منه أكبر

المماثلة في القلع ، وإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لإمكان المماثلة على ما قال في الكتاب) أي القدوري «رح» (تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها ، وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم) هــذا الحكم بهذه الصورة نقلت عن جماعة من الصحابة «رض» . قال القدوري « رح» في شرحه روى أن علي بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه حكم بذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف لأن هذا حدث في زمن عثمان رضى الله تعالى عنه ، فسأل عنه الصحابة «رض» فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاز علي رضى الله تعالى عنه ، فقضى بذلك ، وعمل عليه عثمان رضى الله تعالى عنه .

وروى عبد الرزاق في مصنفه ، أخبرنا معمر عن رجل ، عن الحكم بن علية ، قال لهم رجل رجلا فذهب بصره وعينه قائمة ، فأرادوا أن يقيدوا منه ما عليه وعليهم وعلى الناس كيف يقيدونه ، وجعلوا لا يدرون كيف يصنعون ، فأتاهم علي رضي الله تعالى عنه فأمر أن يجعل على عينه كرسف ثم استقبل بـه الشمس وأدنى من عينه مرآة ، فقطع بصره وعينه قائمة .

وفي المحيط لا قصاص في العين إذا قورت وانخسفت ، ولو كانت قائمــة ذهب ضوؤها يجب القصاص .

وعن أبي يوسف رحمه الله لا يجب القصاص . وقالت الأئمة الثلاثة تقلــع عينه لقوله تعالى ﴿ العين بالعين ﴾ .

(قال) أي القدوري «رح» (وفي السن القصاص لقوله تعالى ﴿ والسن بالسن ﴾ وإن

من سن الآخر لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر . قال وفي كل شجة تتحقق فيهـــا المماثلة القصاص لما تلوناه . قال ولا قصاص في عظم إلا في السن ، وهذا اللفظ مروي عن عمـــر رضي الله تعالى عنه وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما .

كانت) حكم إن واصلة بما قبله (سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر) ومنفعة السن القطع في الثنايا، والطحن في الاضراس لايختلف.

(قال) أي القدوري « رح » (وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلوناه) إشارة إلى قوله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾.

وفي بعض النسخ لما ذكرنا إشارة إلى قوله وهي تنبىء عن المماثلة . وقال الكرخي « رح » في مختصره : والشجاج كلها لا قصاص فيها إلا الموضحة، والسمحاق إن امكن القصاص في السمحاق ، وهـــذه رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » والسمحاق هي التي بينها وبين العظم وجلده .

وقال محمد « ر ح » في الأصل أن القصاص يجب في الموضحة والسمحاق والراميـــة والباضعة وما فوق الموضحة وهي الهاشمة والمنقلة والآمة ولا قصاص فيها عند أحمد «رح» من أهل العلم .

(قال) القدوري « رح » (لا قصاص في عظم إلا في السن وهذا اللفظ) أي قولهم: ولا قصاص في عظم إلا في السن (مروي عن عمر «رض» وابن مسعود رضي الله تعـــالى عنهما) هذا اللفظ غريب .

وقال الأترازي « رح » قال القدوري « رح » في شرحـــه المروي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنهما أنه قال لا قصاص في عظم إلا في السن ، وعن عمر « رض » أنه قال لا قصاص في عظم .

قلت روى ابن أبي شيبة « رض » في قصة حـــدثنا حفص عن أشعث ، عن الشعبي والحسن قال ليس في العظام قصاص مـــا خلا السن والرأس انتهى ، فان كان السن عظماً فالاستثناء ، ولا بد من فرق بينها وبين غيرها من العظام ، وهو إمكان القصاص فيها بأن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها ، أو إلى أصلها إن قلعها ، ولا يقلع لتعذر المماثلة ، فربمـــا يفسد به لسانه ، كذا في المبسوط .

وقال عليه السلام لا قصاص في عظم ، والمراد غير السن . ولأن اعتبار المماثلة في غير السن متعـذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد، ولو قلع من أصله يقلع الثاني فيتماثلان . قال وليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ ، لأن شبـــه العمد يعود إلى الآلة ، والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس ، لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة

وان كان غير عظم كما أشار إليه بقوله عليه السلام لا قصاص في عظم حيث لم يستثن السن ، فالإستثناء منقطع .

وقد اختلف الاطباء في ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ، ومنهم من قال هو عظم وكأنه وقـع ، عند المصنف أنه عظم حتى قال المراد منه غير السن .

(وقال عليه السلام لا قصاص في العظم) هذا غريب ولم يثبت . وروى ابن أبي شيبة « رح » في مصنفه ، حدثنا حفص بن غياث عن حجاج عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال ليس في العظام قصاص وأخرج نحوه عن الشعبي والحسن «رح».

(والمراد غير السن) أي المراد من قوله عليه السلام لا قصاص في العظم غير السن ، لقوله تعالى﴿ والسن بالسن ﴾. (ولأن اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان ، بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد ، ولو قلع من أصله يقلع الثاني فيتماثلان) فيبرد من سن الجاني بقدر ذلك ولا يقلع لما ذكرنا .

(قال) أي القدوري «رح» (وليس فيما دون النفس شبه عمد ، إنما هو عمد أو خطأ لأن شبه العمد يعود إلى الآلة) أي لأن شبه العمد في النفس انما يثبت بالنظر إلى الآلة،لأن الآلة لم توضع للقتل ، فلم يجب القصاص ، بل تجب الدية المغلظة نظراً إلى المتعمد .

(والقتل هو الذي يختلف باختلافها) أي باختلاف الآلة (دون ما دون النفس، لأنه لا يختلف اتلافه) أي اتلاف ما دون النفس (باختلاف الآلة) يعني يستوى السلاح وغير

فلم يبق إلا العمد والخطأ . ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ، ولا بين الحر والعبد، ولا بين العبدين ، خلافاً للشافعي في جميع ذلك إلا في الحر يقطع طرف العبد، ويعتبر الأطراف بالأنفس لكونها تابعة لها . ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال، فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة ، وهو معلوم قطعاً بتقويم الشرع ،

السلاح في اتلافه ، فإذا تعمد بأي شيء كان سلاحاً أو غير سلاح ، فما بان من المفصل يجب القصاص ، فإذا كانت الإبانة من غير تعمد الأرش ، ولكن لا يجب القصاص فيما دون النفس حتى يبرأ منه أو يموت ، ولا يعجل بل يترقب خلافاً للشافعي « رح » ، ذكره في الأسرار وغيره .

فإذا كان الأمر كذلك (فلم يبق إلا العمد والخطأ) ، وكان المصنف رحمه الله قد ذكر هذا فيما مضى ، لكنه ذكر هناك انه عمد ، وهنا انه عمد أو خطأ، فيحمل الأول على أن المراد به إن أمكن القصاص ، وذلك لأنه شبه العمد إذا حصل فيما دون النفس. وإن أمكن القصاص جعله عمداً وإن لم يمكن جعل خطأ ، ووجب الارش .

(ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ، ولا بين الحر والعبد ، ولا بين العبدين) أي في حق الطرف ، لا في حق النفس . (خلافاً للشافعي « رح » في جميع ذلك) وبه قال مالك وأحمد واسحاق «رح» .

(إلا في الحر يقطع طرف العبد) فانه لا يجري القصاص على الحر عنده أيضاً هو أي الشافعي « رح » ، (ويعتبر الأطراف بالأنفس لكونها) أي لكون الاطراف (تابعة لها) أي للأنفس .

(ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال) لكونها وقاية للأنفس كالأموال (فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة) يعني في العبد ، ومبنى القصاص على المساواة ، ولا مساواة في الاطراف بين العبد .

(وهو) أي التفاوت (معلوم قطعاً بتقويم الشرع) فإن الشرع قوم اليد الواحدة

فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش، لأنه لا ضابط له ، فاعتبر أصله وبخلاف الأنفس ،لأن المتلف [1] إزهاق الروح ولا تفاوت فيه .

ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الأرش . قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد ، أو جرحه جائفة فبرء منها فلا قصاص عليه ، لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه إذ الأول كسر العظم ،

للحر بخمسمائة دينار قطعاً ويقيناً ، لا تبلغ قيمة العبد إلى ذلك ، فإن بلغت كان بالحزر والظن فلا تكون مساوية ليد الحر يقيناً ، فإذا كان التفاوت معلوماً قطعاً (فأمكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش) لأن التفاوت بين طرفي المرأة وطرف الرجل ظاهر لأن يد المرأة تصلح لنوع من المنافع لا يصلح ليد الرجل ، فصارت كاليمين واليسار .

(لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله) أي أصل البطش،فإن قيل إن استقام في الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لإمكان التساوي في قيمتها بتقويم المقومين ، وأجيب بأن التساوى إنما يكون بالحزر والظن والمماثلة المشروطة شرعاً لا تثبت بذلك كالمماثلة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها .

(وبخلاف الأنفس) حيث لا يسلك بها مسلك الأموال (لأن المتلف) ، وفي نسخة شيخي العلاء رحمة الله عليه ، لأن المتعلق ، (إزهاق الروح ولا تفاوت فيه) أي في إزهاق الروح .

(ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما) أي في المسلم والكافر (في الأرش) أي في أرش الطرف فصار كالحرين المسلمين .

(قال) أي القدوري «رح» (ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو في جرحه حائفة فبرء منها فلا قصاص عليه) بل يجب حكومة عدل (لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه إذ الأول) أي لأن الأول وهو القطع من نصف الساعد (كسر العظم) لأن الفصل

---

(١) المتعلق

ولا ضابط فيه . وكـــذا البرء نادر فيفضى الثاني إلى الهـلاك ظاهراً . قال وإذا كانت يـد المقطوع صحيحة ، ويـد القاطـــع شلاء أو ناقصة الأصابع ، فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ، ولا شيء له غيرها . وإن شاء أخذ الأرش كاملاً ، لأن استيفاء الحق متعذر ، فله أن يتجوز بدون حقه . وله أن يعدل إلى العوض

وقع فيه ليس له حد معلوم وينتهى إليه القطع .

(ولا ضابط فيه) أى في كسر العظم ، وفي بعض النسخ ، ولا ضابط في الثاني وهو الجرح الجائفة ، لانها تصل الى البطن من الصدر والظهر (وكذا البرء نادر) أي في الجائفة والهلاك فيها غالب ، فلا يمكن المماثلة بين الثانيـة والاولى لوجوب البرء في الأول دون الثانية ، فإذا اقتص (فيفضي الثاني) وهو الجرح الجائفة (إلى الهلاك ظاهراً) فلا يجب القصاص لانتفاء شروط القصاص ، بل يجب ثلث الدية في ماله ، ولا تكون الجائفة إلافيما يصـــل إلى البطن ، ولا يكون في الرقبـــة ، ولا في الحلق ، ولا في اليـــدين ، ولا في الرجلين . فإن كانت الجراحة بين الاثنين والمدية فهي جـائفة ، ذكره القدوري «رح» في شرحه .

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع ، فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ، ولا شيء له غيرهـا ، وإن شاء أخذ الأرش كاملا) ولا يعلم فيه خلاف في الشلاء ، وفي ناقصة الأصابع ليس له مع القطع أرش أو كروبة .

قال أبو بكر الحنبلي ، وقال الشافعي ومالك وأحمد « رح » فالمقطوع يجوز له أن يختص ويأخذ أرش المفقود ، وله أن يعفو ويأخذ دية اليد كاملة ، وذكر في المبسوط . وقال الشافعي « رح » له الارش مطلقاً ، ولم يفرق بين الشلل ونقصان الاصابع .

(لأن استيفاء الحق كاملا متعذر فله أن يتجوز بدون حقه) ويرضى بقطع المعيبة .

(وله أن يعدل إلى العوض) وهو الارش ومثله في ذلك (كالمثلي إذا انصرم) أي

كالمثلي إذا انصرم عن أيدي الناس بعـــد الإتلاف. ثم إذا استوفاها ناقصاً فقد رضي به فيسقط حقه كما إذا رضي بالرديء مكان الجيد، ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه أو قطعت ظلماً فلا شيء له عندنا لأن حقه متعين في القصاص وإنما ينتقل إلى المـــال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة، حيث يجب عليه الأرش، لأنه أوفى بـــه حقاً مستحقاً فصارت سالمة له معنى.

إذا انقطع (عن أيدي الناس بعد الإتلاف) صورته رجل أتلف على رجل ما له مثـــل فانقطع عن ايدي الناس فلم يبق منـــه إلا هو ناقص الصفة عن المتلف، فصاحب الحق بالخيار إن شاء أخذ الموجود، وإن شاء عدل إلى القيمة، لانه لم يقدر على استيفاء جنس حقه بكماله فكذا هذا.

(ثم إذا استوفاها ناقصاً فقد رضي به) أي ثم إذا استوفى المقطوع قطع اليد الناقصة فقد رضي بحقه (فيسقط حقه كما إذا رضي بالرديء مكان الجيد) في المثلي إذا انقطع.

(ولو سقطت المؤفة) أى اليد التي اصابتها الإصابة وهي الشلاء (قبل اختيار المجني عليه) أخذها (أو قطعت ظلماً) أى أو قطعت المعروفة، أى الشلاء، من جهـــة الظلم (فلا شيء له عندنا) احترز به عن قول الشافعي واحمد «رح» لان عندهما تجب الدية.

(لان حقه متعين في القصاص) فيه لانه متعين باليد بدلالة ليس له العدول إلى الارش مع القدرة (وانما ينتقل) أي حقه (إلى المال باختياره) لاجل العيب (فيسقط بفواته) يعني إذا لم يحترز حتى تلف، فتسقط بفواته، لأن ما تعلق به حقه قد هلك، فيسقط بفواته وصار كالصحيحة إذا تلفت.

(بخلاف ما إذا قطعت) اليد الشلاء (بحق عليه) أي بحق (من قصاص أو سرقة حيث يجب عليه الأرش، لأنه أوفى به حقاً مستحقاً فصارت) أى يد القاطع (سالمـــة له معنى) من حيث المعنى، لأن من حيث الصورة إيضاح هـــذا: إذا ذهبت الجارية

قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه ،وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج ، فالمشجوج بالخيار إن شاء اقتص بمقدار شجته يبتدىء من أي الجانبين شاء ، وإن شاء أخذ الأرش . لأن الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها .

مغيبة قبل أن يختار المجني عليه أخذها ، فالكلام فيه على وجهين :

– فإن قطعت يده بحق عليه مثل أن يقتص منها ، أو يقطع في سرقة فعليه أرش اليد المقطوعة .

– ولئن تلفت يده بغير حق عليه سقط حق صاحب القصاص مثل أن يقطعها رجل ظلماً أو تتلف بآفة سماوية .

وقال الشافعي « رح » يجب الأرش في الوجهين . لا يقال أنه كان مخيراً بين أمرين ، فإذا مات أحدهما تعين على الآخر لأن حقه لم يثبت إلا في اليد ، وكان له أن يعدل عن هذا الحق أي يد له فإذا أتلف لم يجز له المطالبة بالسر له عنه مع تلفه ، كذا في شرح مختصر الكرخي « رح » .

وقال صاحب المجتبى : وعلى هذا السن والأطراف التي يجب فيها القصاص إذا كان طرف الضارب والقاطع معيبة ، يتخير المجني عليه بين أخذ الدية كاملة ، وبين استيفاء المعيبة .

وقال برهان الأئمة والد الصدر الشهيد « رح » : هذا إذا كانت الشلاء لا ينتفع بها ، لا يكون محلاً القصاص ، فله دية كاملة من غير خيار ، وعليه الفتوى .

(قال) أي القدوري « رح » (ومن شج رجلاً فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه) أي ما بين ناحيتيه (وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج ، فالمشجوج بالخيار إن شاء اقتص بمقدار شجته يبتدىء من أي الجانبين شاء ، وإن ساء أخذ الأرش) أي هذا لفظ القدوري « رح » . وقال المصنف : (لأن الشجة موجبة) القصاص (لكونها مشينة) أي مقبحة ، من الشين وهو التقبيح . (فيزداد الشين بزيادتها) أى بزيادة الشجة .

وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ،ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة ، وفي عكسه يخير أيضاً ، لأنه يتعذر الإستيفاء كملاً للتعدي إلى غير حقه . وكذا إذا كانت الشجـــة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه ولا تبلغ إلى قفا الشاج ، فهو بالخيـار لأن المعنى لا يختلف . قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر .

وعن أبي يوسف « رح » أنه إذا قطع من أصله يجب

(وفي استيفائه) أي وفي استيعاب المشجوج (ما بين قرني الشاج زيادة على مافعل)، يعني إذا كان رأس الشاج كبيراً (ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه مـــا يلحق المشجوج فينتقص) يعني ينتقص حق المشجوج إذا لم تستوعب الشجة ما بين قرني الشاج إذا كان رأسه صغيراً ، فــإذا كان كذلك (فيخير) أي المشجوج رأسه بين الاقتصاص بمقدار شجته وبين أخذ الأرش ، (كما في الشلاء والصحيحة . وفي عكسه) أي وفيما إذا كان رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج ، (يخير أيضاً لأنه يتعذر الاستيفاء كملاً للتعدي إلى غير حقه) لأنه يكون الشين في الثانية أزيد من الأولى .

(وكذا) أي بالخيار (إذا كانت الشجة في طول الرأس ، وهي تأخذ من جبهتــه إلى قفاه ، ولا تبلغ إلى قفاء الشاج فهو بالخيار) أي المشجوج بالخيار (لأن المعنى لا يختلف) أي المعنى الموجب للتخيير بين أرش الموضحة وبين الإقتصاص بالشجة لا يختلف .

وقال السكاكي « رح » : قوله لأن المعنى لا يختلف : وهو أن بلوغه إلى قفاه زيادة على ما فعل ، وباستيفائه حقه لا يلحق الشين .

(قال) أي قال « رح » (ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر) هذا الذي ذكره القدوري « رح » في رواية الأصل .

(وعن أبي يوسف « رح ») رواه بشرعته (أنـــه إذا قطع من أصله يجب) أي

لأنه يمكن اعتبار المساواة . ولنا أنه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة . إلا أن تقطع الحشفة لأن موضـــع القطع معلوم كالمفصل ، ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لأن البعض لا يعلم مقداره بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه لأنه لا ينقبض ولا ينبسط ، وله حدّ يعرف فيمكن اعتبار المساواة والحشفة إذا استقصاها بالقطـــع يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها .

القصاص (لأنه يمكن اعتبار المساواة) . وبقول أبي حنيفة ومحمد « رح » .

وقال مالك « رح » في رواية ، وأبو اسحاق من أصحاب الشافعي « رح » في اللسان ، وقال الشافعي ومالك « رح » في رواية ، وأحمد « رح » في رواية : يجب القود في الكل وفي البعض بقدره .

(ولنا أنه) أي أن اللسان (ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة ، إلا أن تقطع الحشفة لأن موضع القطع معلوم) لأن هناك حد يقع فيه القصاص (كالمفصل) لأن موضع القطع فيه معلوم (ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيـــه لأن البعض لا يعلم مقداره) فتبقى المساواة .

وعند الأئمـــة الثلاثة : يؤخذ بعضه ببعض ، ويعتبر ذلك بالأجزاء دون المساحة ، فيؤخــذ النصف بالنصف ، والربع بالربع ، وما زاد ونقص في حساب ذلك كمـــا في الأذن والأنف .

(بخلاف الاذن إذا قطع بعضه أو كله لأنه لا ينقبض ولاينبسط، وله حـد يعرف ، فيمكن اعتبار المساواة) . عن بعض أصحاب الشافعي « رح » : لا يجب القود في بعض الأذن . وحكي عن مالك « رح » انه لا تؤخذ أذن السمع بأذن الأصم.ولو قطع الختان أو بعض الحشفة في الصبي أو في العبد ، فعليه حكومة عدل . وإن قطع الحشفة كلها فإن

فصـــل

قال وإذا اصطلح[1] القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المـــال قليلا كان أو كثيراً لقوله تعالى ﴿ فمن عفي له من أخيه شيء ﴾ الآية ، على ما قيل نزلت الآية في الصلح .

برأ فعليه في العبد كمال القيمة ، والصبي كمال الدية . فإذا مات ففي الصبي نصف الدية . وفي العبد نصف القيمة .

(والحشفة إذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة بخلاف مـا إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها) أي اعتبار المساواة . وبه قالت الأئمة الثلاثة «رح» ، واختار أبو حامد « رح » من أصحاب الشافعي « رح » : أنـــه لا يجب القود . في شرح الطحاوي : إذا قطع حشفة رجل ، وكان يستطاع أن يقتص منه فعليـه القصاص السفلى بالسفلى ، والعليا بالعليا ، ولا تؤخذ السفلى بالعليا ولا العليا بالسفلى .

(فصـــل)

أي هذا فصل في بيان أحكام الصلح في القصاص ، وفي بيان العفو عنـــه ، وأخر ذكرهما عن بيان القصاص لأنهما لا يتبمانه إلا بعد وجوب القصاص .

(قال : وإذا اصطلح القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ، ووجب المـال قليلا كان أو كثيراً) هذا لفظ القدوري « رح » . وقال المصنف « رح » (لقوله تعـالى ﴿ فمن عفي له من أخيه شيء ﴾ الآية ، على ما قيل نزلت الآية في الصلح) يعني الآيـــة نزلت على قول ابن عباس « رض » ، والحسن البصري ، والضحاك « رح » ، ومجاهـــد في الصلح أي فمن أعطى على سهولة ويريد به ولي القتيل يقال : خذ مـــا أتاك عفواً أي سهلا . وقوله من أخيه شيء : أي من جهة أخيه المقتول . وقوله شيء : أي شيء من المال

---

(١) صالح ـ هامش .

بطريق الصلح وتكره لأنه بحصول القدر فإنه يتعذر بما تراضيا عليه .

وقوله تعالى ﴿ فاتباع بالمعروف ﴾ أي فله اتباع ، أي فلولي القتيل اتبـــاع المصالح بالمعروف ، أي مطالبة بدل الصلح على مماثلة وحسن معاملة .

وقوله تعالى ﴿ وأداء اليه باحسان ﴾ أي على المصالح إذا أدى إلى ولي القتيل باحسان في الأداء ، أو قال جماعة وهو مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم : الآيـة نزلت في عفو بعض الأولياء .

ويدل عليه قوله شيء ، فإنه يراد به البعض ، وتقديره : فمن عفى عنه وهو القاتل من أخيه في الدين ، وهو المقتول شيء من القصاص ، بأن كان للقتيل أولياء فعفى بعضهم فقد بقي نصيب الباقين مالاً ، وهو الديـــة على قدر حصصهم في الميراث . وهو قوله ﴿ فاتباع بالمعروف ﴾ أي فليتبع الذين لم يعفوا عن القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أي بقدر حقوقهم من غير زيادة .

وقوله : ﴿ وأداء اليـــه باحسان ﴾ أي القاتـــل إلى غير الموفى حقـه وافياً غير ناقص .

(وقوله عليه السلام) أي وقول النبي ﷺ : (« من قتل له قتيل » الحديث) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة « رح » في كتبهم ، عن يحي بن كثير « رح » ، عن أبي سلمة «رض» ، عن أبي هريرة « رض » قال : لما فتح الله على رسوله ﷺ مكة ، قام في الناس فحمد الله وأثنى عليه ، الحديث بطوله ، وفي آخره : « ومن قتل له قتيل» فهو بخير النظرين إما أن يعطى الدية ، وإما أن يقاد أهل القتيل ، هذا لفظ مسلم في كتـــاب الحج . ولفظ البخاري في كتاب العلم إما أن يعقل ، وإما أن يقاد لأهل القتيل ، ولفظه في اللفظ : إما أن يفدى وإما أن يقيد . ولفظه في الديات : إما أن يؤدي ، وإما أن يقاد .

ولفظ الترمذي : وإما أن يعفو ، وإما أن يقتل . ولفظ النسائي في القود : اما أن يقاد وإما أن يفدي . ولفظ ابن ماجة : إما أن يقتل وإما أن يفدي .

(والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا) أي برضا القاتل (على مـــا بيناه) أي في أول

بالرضا على ما بيناه ، وهو الصلح بعينه ، ولأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفواً فكذا تعويضاً لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع

الكتاب ، أى عندهما ليس لولي القتيل أخذ الدية إلا برضاء القاتل .

(وهو الصلح بعينه) أي أخذ الدية هو الصلح بعينه ، لأن الصلح عبارة عن قطع النزاع ، ففي أخذ الدية قطع النزاع (ولأنه) أي ولأن القصاص (حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفواً فكذا تعويضاً) من حيث أخذ العوض وهو الدية (لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل) أي الاشتراك بأخذ العوض على شيئين : أولهما الإحسان إلى أولياء المقتول ، والثانى فيه إحياء القاتل لأنه كان قد تعين للقتل وأشرف عليه في الصلح ، استمرت فيه الحياة ، وإلا ضاف في كل من قوله على إحسان الأولياء ، وإحياء القاتل إضافة المصدر إلى المفعول .

(فيجوز بالتراضي) أى فإذا كان الأمر كذلك ، فيجوز الصلح وأخذ المال بالتراضي من الجانبين (والقليل والكثير فيه) أي في أخذ العوض (سواء) يعني يجوز أخذ العوض سواء كان قليلا أو كثيراً ، لكن الصلح على مال يجوز على أكثر من الدية في القصاص في النفس وفيا دونها ، وهو حال في حال الجاني ، ولا يكون ذلك على العاقلة . وأما الصلح على أكثر من الدية في القتل الخطأ ، لا يجوز إذا كان الصلح على جنس ما تعرضت فيه الدية ، وإذا كان الصلح خلاف على الجنس يجوز ، وإن جاز زاد على قدر الدية ، نص عليه الكرخي « رح » في كتاب الصلح .

(لأنه ليس فيه) أي في أخذ المعوض (نص مقدر) بكسر الدال من التقدير ، فإذا كان كذلك (فيفوض) أي التقدير (إلى اصطلاحهما) أي اصطلاح القاتل وولي المقتول (كالخلع) على مال فإنه ليس فيه شيء مقدر ، بل يرجع ذلك إلى رضى الزوجين عن القليل والكثير .

وغيره . وإن لم يذكروا حالاً ولا مؤجلاً فهو حال لانه مال واجب بالعقد ، والاصل في أمثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد . قال وإن كان القاتل حراً وعبداً فأمر الحر ومولى العبد رجلاً بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ، ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح أضيف إليهما . وإذا عفى أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص، وكان لهم نصيبهم من الدية ، وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة.

(وغيره) أي وغير الخلع وهو الاعتاق على مال الكتابة (وإن لم يذكروا) أي أولياء المقتول والقاتل ، وإن لم يذكروا مالا (حالاً ولا مؤجلا فهو حال لأنه مال واجب بالعقد) أي بعقد الصلح (والأصل في أمثاله) أي أمثال الصلح (الحلول نحو المهر والثمن) فإن الأصل فيهما حلول الحال ، وإن كان التأجيل جائزاً .

(بخلاف الدية) في قتل الخطأ حيث لا تجب حالة (لأنها) أي لأن الدية والتذكير على تأويل المال (ماوجبت بالعقد) العارض على القتل ، بل وجب القتل ابتداء ، فوجبت مؤجلة إلى ثلاث سنين .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (وإن كان القاتل حراً وعبداً) يعني اشترك حر وعبد في قتل شخص . (فأمر الحر ومولى العبد رجلا بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل فالألف على الحر والمولى نصفان لأن عقد الصلح أضيف إليهما) أي إلى الحر والعبد فيجب على الحر خمسمائة وعلى مولى العبد خمسمائة .

(وإذا عفى أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص ، وكان لهم نصيبهم من الدية) هذا لفظ القدوري « رح » في مختصره .

وقال المصنف رحمه الله (وأصل هذا) أي أصل هذا الحكم الذي ذكره القدورى في هذه المسألة (أن القصاص حق جميع الورثة) من الذكر والأنثى ، والزوج والزوجة ،

وكذا الدية خلافاً لمالك « رح » والشافعي « رح » في الزوجين .
لهما أن الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت .
ولنا أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم .

نص عليه الكرخي « رح » في مختصره .

(وكذا الدية) حق الورثة (خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين) هذا اللفظ يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية ، والمشهور عن مالك « رح » أن القصاص موروث للعصبات خاصة . وبه قال بعض أصحاب الشافعي . وقال بعض أصحابه لذوي الانساب دون الزوجين . وقال الليث ، والزهري ، وابن سيرين ، والأوزاعي ، والحسن وقتادة : ليس للنساء عفو .

وقال بعض أهل المدينة : القصاص لا يسقط بعفو بعض الورثة . وقيل : هو رواية عن مالك « رح » ، وفي شرح الكافي : القصاص والدية تصير ميراثاً لكل الورثة عندنا بالسبب والنسب جميعاً .

وقال الشافعي ، وهو قول ابن أبي ليلى : يورث بالنسب ولا يورث بالسبب ، هو الزوجية ، حتى لا يورث الزوج من قصاص زوجته لو قتلت ، وكذا من ديتها . وكذا الزوجة من قصاص زوجها ولا من ديته .

(لهما) أي لمالك والشافعي « رح » (أن الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه) أي لانقطاع السبب (بالموت) لأن الزوجية تقطع بالموت .

(ولنا أنه ﷺ) أي أن النبي ﷺ (أمر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم) هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة ، عن سفيان بن عيينة ، عن الزهري ، عن سعيد بن المسيب ، عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه كان يقول : الدية العاقلة ، لا ترث المرأة من دية زوجها شيء ، حتى قال الضحاك بن سفيان : كذب فإن رسول الله ﷺ ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها . فرجع عمر رضي الله تعالى عنه .

ولأنه حق يجرى فيه الإرث حتى أن من قتل وله إبنان ، فمات أحدهما عن إبن ، كان القصاص بين الصبي وإبن الإبن، فيثبت كسائر الورثة . والزوجية تبقى بعد الموت حكماً في حق الإرث أو يثبت بعد الموت مستنداً إلى سببه وهو الجرح .

وقال الترمذي : حديث حسن صحيح . وأخرجه الدارقطني في سننه عن محمد بن عبد الله الشعثي ، عن زفر بن وهمة ، عن المغيرة بن شعبة ، أن سعد بن زرارة الأنصاري قال لعمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ كتب إلى الضحاك بن شعبان أن يورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها .

وقال الطبراني : وسعد بن زرارة صحابي يكنى أبا أمامة ، توفي على عهد رسول الله ﷺ في السنة الأولى من الهجرة .

قلت قد ذكره الذهبي في تجريد الصحابة رضي الله تعالى عنهم . وقال أشيم الضبابي الذي قتل فورث النبي ﷺ زوجته من ديته . وذكر عليه علامة أحمد بن حنبل : يعني أخرجه في مسنده .

والضبابي بكسر الضاد ، وبالبائين الموحدتين ، نسبة إلى ضباب ، بطن من العرب ذكره ابن دريد .

(ولأنه) أي ولأن القصاص (حق يجري فيه الإرث إن قتل وله إبنان ، فمات أحدهما عن إبن ، كان القصاص بين الصبي) وهو ابن الميت وبين (وإبن الإبن فيثبت كسائر الورثة) . فمن كان وارثاً فله حق في القصاص .

(والزوجية تبقى) هذا جواب عما قال مالك والشافعي من قولهما . لانقطاعه بالموت ، تقريره أن الزوجية تبقى (بعد الموت حكماً) أي من حيث الحكم (في حق الإرث) . فإذا كانت الزوجية باقية في حق الإرث كموت أحدهما لكل من الزوجين حق من قصاص الميت . (أو يثبت بعد الموت) الإرث دليل آخر ، أي ويثبت الإرث حال كونه (مستنداً إلى سببه وهو الجرح) فصار له كمال آخر في ثبوته قبل الموت .

وإذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والإسقاط عفواً وصلحاً . ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص ، سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزأ ، بخلاف ما إذا قتل رجلين ، وعفى أحد الوليين لان الواجب هنـــاك قصاصان من غير شبهة ، لاختلاف القتل والمقتول وهنا واحد لاتحادهما وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالاً ، لانـــه امتنع بمعنى راجع إلى القاتل وليس للعافي شيء من المال ، لانه أسقط حقه بفعله ورضاه . ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين . وقال زفر « رح » يجب في سنتين

الا ترى لو أنه أوصى بثلث ماله دخلت ديته في الوصية وقضى من ديونه .

(وإذا ثبت ذلك للجميع) أي جميع الورثـــة (فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والإسقـــاط عفواً وصلحـــاً) فقوله عفواً : يرجع إلى الإسقاط . وقوله : صلحاً ، يرجع إلى الاستيفاء .

(ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيـــه) يعني في القصاص (لأنه) أي لأن القصاص (لا يتجزىء) استيفاء وينقل حق الباقين إلى المال .

(بخلاف ما إذا قتل رجلين وعفى أحـــد الوليين) أى ولي القصاص حيث لا يسقط حق الآخر في القصاص .

(لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول، وههنا) أى في مسألة ما إذا قتل وله إبنان واحد أي القصاص (واحد لاتحادهما) أى لاتحاد القتل والمقتول.

(وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالاً لأنه امتنع بمعنى راجع إلى القاتل) وهو العجز عن استيفاء قصاص من نفسه لان من قسمه أن ازهاق الروح لا يتجزأ .

(وليس للعافي) حقه في القصاص (شيء من المال لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه ، ثم يجب ما يجب من المال من ثلاث سنين ، وقال زفر « رح » يجـــب في سنتين فيما إذا كان

فيمـــا إذا كان بين الشريكين ، وعفى أحدهما لان الواجب نصف الدية ، فيعتبر بما إذا قطعت يده خطأ . ولنا أن هذا بعض بدل الدم ، وكله مؤجل إلى ثلاث سنين ، فكذلك بعضـــه ، والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد . قال وإذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله تعالى عنه فيه لو تمالأ أهل صنعاء لقتلتهم .

بين الشريكين ، وعفى أحدهما ، لان الواجب نصف الدية ، فيعتبر بما إذا قطعت يـده خطأ) لأن الواجب فيها نصف الدية مؤجلاً إلى ثلاث سنين .

(ولنا أن هذا) أي بعض ما يجب من المال (بعض بدل الدم وكله) أى وكل الدم (مؤجلاً إلى ثلاث سنين فكذلك بعضه) يؤجل إلى ثلاث سنين . (والواجب في اليد) جواب عن اعتبار زفر « رح » بما إذا قطعت يـده خطأ ، تقديره أن الواجب في اليد ، أي في قطع اليد خطأ (كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ، ويجب في ماله) أى يجب المال في المال القاتل في المسألة المذكورة أولا . (لانـــه عمـد) والعاقلة لا يتحمل العمد .

(قال) أى القدورى « رح » (وإذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتص من جميعهم) . وبه قـــال الشافعي « رح » ، ومالك « رح » ، وأحمد « رح » ، وأكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين « رض » . وقال ابن الزبير « رح » ، والزهري ، وابن سيريـــن ، وابن أبي ليلى ، وعبد الملك ، وربيعة ، وداود ، وابن المنذر ، وأحمد في روايـــة : لا يقتلون به ويجب عليهم الدية . وهذا الذى ذكره القدوري استحسان .

والقياس أن لا تقتل الجماعة بالواحد لان القصاص يبنى عن المساواة ، ولا مساواة بين الواحد والجماعة ، وجه الإستحسان ما أشار اليه المصنف « رح » بقوله (لقول عمر رضي الله تعالى عنه فيه : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم) هذا رواه مالك في الموطأ ، أخبر به يحي بن سعيد بن المسيب : أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه قتل نفراً خمسة أو

ولأن القتـــل بطريق التغالب غالب ، والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الأحياء. وإذا قتل واحداً جماعة، فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك . فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين . وقال الشافعي « رح » يقتل بالأول منهم ويجب للباقين المال، وإن اجتمعوا ولم يعرف الأول قتل لهم وقسمت الديات بينهم . وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته .

سبعة برجل قتلوه قتل غيلة . وقال : لو تمالى عليه أهل صنعـاء لقتلتهم . ورواه محمد بن الحسن أيضاً عن مالك .

قوله : تمالى أصله المعاونة في ملأ الدلو ثم عم تعاونوا تمـالوا أى تعاونوا وصنعاء قصبة باليمن .

والغيلة بكسر الغين المعجمة ، وسكون الياء آخر الحروف ، فإذا صار معـه قتله ، وقوله قتل غيلة مضاف ومضاف إليه .

(ولان القتل بطريق التغالب غالب) أراد أن القتل بغير حق لا يكون في العـــادة إلا بالتغالب والإجتماع لان الواحد يقاوم الواحد غالباً . (والقصاص مزجرة السفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الأحياء) أراد أن الحكمة الموضوعة في القصاص إحيـاء النفس ، فلو لم يجب القصاص على الجماعة بقتل الواحد أدى إلى سد باب القصاص ، وفيـه إبطال الحكمة المذكورة .

(وإذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غيرذلك، فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين) هذا كله لفظ القدوري . قـــال أصحابنا : الواحد يقتل بالجماعة اكتفاء بالقصاص .

(وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المـال) يعني إذا كان قتلهم على التعاقب (وإن اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم ، وقيل : يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته) ويجب للباقين بالمال ، وقد أوضح هـــذه في الطريقة

له أن الوجود من الواحد قتلات ، والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل ، وهو القياس في الفصل الأول إلا أنـــه عرف بالشرع ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال ، فجـــاء التماثل أصله الفصل الأول إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ، ولأنه وجد من كل واحد منهم خرج صالح للإنزهاق

العلانية حيث قال : وقال الشافعي : لا يقتل اكتفاء ، غير أن الواحد إن قتلهم على التعاقب يقتل بالاول اكتفاء ، ويجب دية الباقين . وإن قتلهم على المقارنة له فيـــه قولان : في قول يقتل بالواحد عبر عين ويجب دية البـــاقين مشتركة بينهم ، وفي قول يقرع فيقتل لمن خرجت قرعته ، ويجب الديات للباقين .

وقال السكاكي : وبقولنا قال مالك ، وقال الشافعي ، واستوفى الباقون بالديات من تركته . وقال أحمد : إن طلبوا القصاص بجماعتهم فلا شيء للواحـــد الذي قتل له ، وإن طلب بعضهم القصاص والبعض الدية ، قتل لمن طلب القود ، وللآخرين الدية . وعن مالك رواية كقول أحمد .

(له) أى للشافعي (أن الموجود من الواحد قتلات) لانـــه قتل جماعة (والذي تحقق في حقه) أى في حق الواحد (قتل واحد فلا تماثل) أى بين قتل واحد وبين قتلات . (وهو القياس في الفصل الاول) وهو أن لا تقتل الجماعة بالواحد إلا أنهـــم قتلوا بـــه . (إلا أنـــه) أى إلا أن الجماعـــة تقتل بالواحد اتفاقـــاً (عرف بالشرع) على خلاف القياس .

(ولنا أن كل واحـــد منهم) أى من الاولياء (قاتل بوصف الكمال) يعني قاتل للقاتل قصاصاً (فجاء التماثل) في قتل الواحد بالجماعة فصح القياس . (أصله الفصل الاول) وهو أنه تقتل الجماعة بالواحد اتفاقاً ، فلو لم يكن التماثل لما قتلوا به وهو معنى قوله (إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص) لان التماثل شرط (ولانه وجـــد من كل واحد منهم) أى من الاولياء (خرج صالح للإنزهاق) يعني أن القتل صالح لإنزهـــاق

فيضاف إلى كل منهم إذ هـو لا يتجـزأ ولأن القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الإحياء قد حصل بقتله ، فاكتفى به . قال ومن وجب عليه القصاص إذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء ، فأشبه موت العبد الجاني ، ويتأتى فيه خلاف الشافعي إذ الواجب أحدهما عنده . قال وإذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منهما ، وعليهما نصف الدية . وقال الشافعي تقطع يد أحدهما والمفروض

الروح ، وقد وجد من كل واحد منهم (فيضاف إلى كل واحد منهم إذ هو) أي ازهاق الروح ، (لا يتجـزأ) فيضاف إلى كل منهم كملا لان ما لا يتجـزأ إذا أضيف يضاف كملا (ولان القصاص شرع مع المنافي) أى شرع بالكتاب والسنة مع وجود المنـافي ، وهو أن الآدمي بنيان الرب ، فلا يجوز تجزئته . قـال ﷺ : « الآدمي بنيان الرب ، ملعون من بدله » .

وإنما شرع (لتحقيق الإحياء) أى المعنى الإحياء (وقد حصل) أي تحقيق الاحياء (بقتله) أي بقتل القاتل (فاكتفى به) ولا شيء لهم غير ذلك .

(قال) أي القدوري (ومن وجب عليه القصاص إذا مـات سقط القصاص لفوات محل الإستيفاء فأشبه موت العبد الجاني) إذا مات لا يلزمه شيء على أحد (ويتأتى فيه) اي في هذا الحكم (خلاف الشافعي « رح ») فعنده تجب الدية في مـاله (إذ الواجب أحدهما عنده) أى لان الواجب القصاص أو الدية عنده ، أي عند الشافعي « رح » ، وهذا مردود بقوله تعـالى : ﴿ كتب عليكم القصاص ﴾ رقـد مر بيـانه في أول كتاب الجنايات .

(قال) أي القدوري « رح » (وإذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما ، وعليهما نصف الدية) . وبه قال الثوري « رح » والحسن والزهري « رح » وابن المنذر .

(وقال الشافعي « رح » يقطـع يد أحدهما والمفروض) أي وموضع فرض المسألة

إذا أخـــذا سكيناً وأمراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالأنفس ، والأيدي تابعة لها ، فأخذت حكمها . أو يجمـع بينهـما بجامع الزجر . ولنا أنـ كل واحد منهـما قاطع بعض اليد لأن الانقطاع حصـــل باعتماد بهما والمحل متجزىء فيضاف إلى كل واحد منهـما البعض ، فلا مماثلة بخلاف النفس لأنـ الإزهاق لا يتجـزأ ، ولأن القتل بطريق الإجتماع غالب حـــذر الغوث والاجتماع على قطع اليد

الخلافية (إذا أخـــذا) أي الإنسان المذكور (سكينا وأمراه) بتشديد الراء (على يده حتى انقطعت) يعني إذا وضعا السكين من جانب من المفصل ، والآخر من جانب الحر ، وأمر كل واحد سكينه حتى التقيا وانقطعت اليد ، لا قصاص عنده أيضاً .

(له) أي للشافعي (الاعتبار بالأنفس) لان طريق جريان القصاص على الأنفس إن جعل كل واحد منهم منفرداً بالقتل لزجر القاتل سد باب العدوان فيجب القصاص عليهم (والأيدي تابعة لها) أي للأنفس (فأخذت حكمها) أي حكم الأنفس (أو يجمع بينهما) أي بين الطرف والنفس (بجامع الزجر) سد لباب العدوان . وبقوله قال مالك « رح » وأحمد وإسحاق وأبو ثور « رح » .

(ولنا : أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لأن الإنقطاع حصـــل باعتماد بهما والمحل متجزىء) المحل هو اليد ، وهي تتجزأ ، فإذا كان كذلك (فيضاف إلى كل واحـــد منهما البعض) أي بعض القطع (فلا مماثلة) بين قطع اليدين واليد الواحدة .

(بخلاف النفس لأن الإزهاق لا يتجـزأ) أي بخلاف قتل الأنفس بالنفس الواحدة ، لان قتـــل النفس يضاف إلى كل واحـــد منهم ، كما يتحلل كل منهم قاتلاً على الكمال . فحصلت المماثلة بين الانفس والنفس الواحدة (ولأن القتل بطريق الإجتماع غالب) هـذا جواب عما جمـــع الشافعي « رح» بين النفس والطرف ، بيانه أن القتل بوصف الإجتماع غالب . (حذر الغوث) أي لأجل الحذر عن لحق الغوث . (والإجتماع على قطع اليـد

من المفصل في حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث .
قال وعليهما نصف الدية ، لأنه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وإن قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانها نصفين سواء قطعهما معاً أو على التعاقب .
وقال الشافعي رحمه الله في التعاقب يقطع بالأول ، وفي القران يقرع
وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة .

من المفصل في حيز الندرة لإفتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث) من أخذ السكين والإمرار على المفصل إلى أن ينقطع ، والثاني فيه من الجانبين فيلحقه الغوث لأنه لا يقدر .

(قـــال) أي القدوري « رح » (وعليها) أي على الرجلين القاطعين (نصف الدية لأنه) أي نصف الدية (دية اليد الواحدة وهما قطعاها) ويجب في مالها لأنه عمـــد . وكذلك الحكم في بيان الأطراف كالعين والسن والرجل ونحوها .

(وإن قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلها أن يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانها نصفين ، سواء قطعهما معاً أو على التعاقب) هذا لفظ القدوري .

(وقال الشافعي رحمـــه الله في التعاقب يقطـــع بالأول ، وفي القران يقرع) وفي شـرح الكافي للحاكم الشهيد . وقال الشافعي « رح » عنـه : إن قطع اليمين على التعاقب يقتص للأول ويغرم الدية للآخـــر ، وإن قطعها معاً فالقاضي يقرع بينها أياً خرجت قرعته يقتص له ، والدية للآخر .

وقال الكاكي : قوله يمنى رجلين ، وكذا الحكم لو قطع يسار رجلين وقيد به لأنه لو قطع يمين رجل ويسار آخـر قطعت يداه في الكل ، والمحل موجودة ، ذكـــره في المبسوط ولا يعلم فيه خلاف لان اليد استحقها الأول ، فلا يثبت الإستحقاق فيها للثاني كالرهن من بعد الرهن ، فإن المرتهن الثاني لا يستحقه .

(وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة) طيبا لكليهما لان أحدهما ليس بأولى من الآخر في تعيين القصاص له ، ولا الدية للآخر ولا يأتي الترجيح إلا بالقرعة

ولنا أنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه ، كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء أما المحل فخلو منه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل وصار كما إذا قطع العبد يمينهما على التعاقب ،فتستحق رقبته لهما . وإن حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليهم نصف الدية لان

(ولنا أنهما استويا في سبب الإستحقاق) وهو قطع معصوم (فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة) ، وهو القصاص لان الإستواء في العلة يوجب الإستواء في الحكم ، كالشريكين في التركة ، وإن كان دين أحدهما أقدم . وفي بعض النسخ كالشفيعين في الشفعة ، فلا يتقدم أحدهما على الآخر .

(والقصاص ملك الفعل) هذا جواب عن قوله لأن اليد استحقها الأول ، تقريره أن يقال أن القصاص ملك الفعل ، والإطلاق في الفعل لا يقتضي حقاً في المحل ، كما في الإصطياد والإحتشاش ، فان الفعل مملوك والمحل خلو عن الملك ، ولهذا لا يجب القصاص على قاتل من وجب عليه القصاص (يثبت مع المنافي) يعني أن من عليه القصاص جن (فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء) لانه ثابت بطريق الضرورة (أما المحل فخلو منه) أي من ذلك الفعل (فلا يمنع ثبوت الثاني) أي حق الثاني وذلك لان ملك الفعل لما ثبت ضرورة الاستيفاء لا يتعدى إلى شغل المحل الخالي بحرمته عنه فان لم يكن المحل مشغولاً لم يمنع عن ثبوت الثاني (بخلاف الرهن لأن الحق ثابت في المحل) لكونه مملوكاً ، فاذا ثبت للأول استحال ثبوته للثاني كما في الاستيفاء الحقيقي .

(وصار) أي هذا (كما إذا قطع العبد يمينهما) أي صار الرجلين (على التعاقب فتستحق رقبته لهما) جميعاً ولا يكون الاول بها (وإن حضر واحد منهما) أي من الرجلين اللذين قطع واحد يمينهما (فقطع يده) أي يد القاطع (فللآخر) أي الذي لم يحضر (عليه) أي على القاطع (نصف الدية لان الحاضر أن يستوفي حقه [1] لثبوت حقه

(١) حذفت من الحاشية .

الحاضر أن يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب. وإذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لأنه أوفى به حقاً مستحقاً. قال: وإذ أقر العبد بقتل العمد لزمه القود، وقال زفر «رح»: لا يصح إقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال، فصار كما إذا أقر بالمال. ولنا أنه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل.

ولان العبد يبقى على أصل الحرية في حق الدم، عملا بالادمية

وتردد حق الغائب) أي في العقود في الاستيفاء (وإذا استوفى) أي الحاضر (لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه أوفى به حقاً مستحقاً) يعني إن قضى جميع طرفه حقاً مستحقاً عليه فيقضى للآخر بالأرش، بخلاف النفس فان هناك لو استوفى أحدهما القصاص ثم حضر الآخر لا يقضي بشيء لأن حقه في الاستيفاء فات لغيبته، فإنهما إذا اجتمعا واستوفيا صار كل واحد مستوفياً على الكمال، فلا يجب مع الدية، وليس في الطرف الواحد وفاء لحقها، فإذا استوفى الحاضر لم يبق للغائب إلا الأرش.

(قال) أي القدوري (فإذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود) أي القصاص، وبه قالت الأئمة الثلاثة «رح»، وقيد بالعمد لأنه إذا أقر بالخطأ، لا يصح إقراره بالإتفاق سواء كان مأذوناً أو محجوزاً لأن إقراره بالخطأ ليس من باب التجارة، فكان إقراره على مولاه، لا يصح، ذكره في المبسوط.

(وقال زفر رحمه الله: لا يصح إقراره لأنه يلاقي حق المولى بالإبطال فصار) أي إقراره به (كما إذا أقر بالمال) فإنه لا يصح اتفاقاً.

(ولنا أنه) أي أن العبد (غير متهم فيه) أي في إقراره بالقتل العمد (لأنه مضر به) أي لأن إقراره ذاك يضر بنفسه، لأنه إقرار بالعقوبة على نفسه فلا يتهم، فإذا كان كذلك (فيقبل) أي إقراره (ولأن العبد يبقى على أصل الحرية في حق الدم عملاً بالآدمية

حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص ، وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به ومن رمى رجلا عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا فعليه القصاص للأول والدية للثاني على عاقلته ، لان الاول عمد والثاني أحـــد نوعي الخطأ ، كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدمياً ، والفعل يتعدد بتعدد الاثر .

حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص) .

قوله حتى إلى آخره : توضيح لبقائه على الحرية ، وكل ما لا يصح إقرار المولى على العبد فيه فهو بمنزلة الحرية ، ولهذا وقع طلاق زوجته بالإقرار لوقوعه بالايقاع ، وإذا أقر بسبب يوجب الحد يحد به .

(وبطلان حق المولى) هذا جواب عن قول زفر رحمه الله ، تقريره أن بطلان حق المولى في إقراره بقتل العمد (بطريق الضمن) يعني ضمني (فلا يبالي به) لأن الضمنيات لا تعتبر ، كما إذا تزوج رجل في مرض الموت على مهر معين ، ومات فهو أسوة للغرمـــاء والتزام المهر يضر بهم ، إلا إن ثبت ضمناً للنكاح فلا يبالى به بخلاف إقراره بالمال ، لأنه يتضرر به المولى لا في ضمن شيء فيهم في إقراره ولا يضرهم . أمـــا ههنا مضر هو به فلا يقبل منه .

(ومن رمى رجلا عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا ، فعليه القصاص للأول ، والدية للثاني على عاقلته لأن الأول عمد) لأنه قصد بالرمي فمات منه (والثاني أحد نوعي الخطأ) لأنه لم يقصد بالرمى ، حيث قصد الرامي غيره ، ولكنه أصاب بالنفاذ من الأول فصار قتله خطأ . (كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدمياً) فوجب الدية على عاقلتـــه (والفعل يتعدد بتعدد الأثر) أي الفعل الواحد يتعدد بتعدد أثره ، فإن الرمى إذا أصاب حيواناً ومزق جلده يسمى جرحاً ، وإذا قتل يسمى قتلا وإن أصاب كوزاً أو خرق أجزاءه سمى كسراً باعتبار اختلاف المحل ، فجاز أن يكون الفعل الواحد عمداً بالمعينة لا محلا ، وخطأ بنسبة محل آخر .

فصـــل

قـــال : ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده أو قطع يده عمداً ثم قتله خطأ ، أو قطع يـــده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمداً فبرأت ثم قتله عمداً ، فإنه يؤخذ بالامرين جميعاً . والاصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب مـــا أمكن تتميماً للأول ، لان القتل في الاعم

(فصـــل)

أي هذا فصل في بيان حكم الفعلين ، وذكر هذا بعد الفراغ من بيان الفعل الواحد ، والإثنان يذكر بعد الواحد .

(قال)أي محمد «رح»في الجامع الصغير(ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده،أو قطع يده عمداً ثم قتله خطأ،أو قطع يده خطأ،فبرأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمداً فبرأت ثم قتله عمداً فإنه يؤخذ بالأمرين جميعاً) القطع والقتل إذا حصل في شخص واحد كانا على وجوه أربعة مثل ما ذكر في الكتاب،ثم أن كل واحد منها أما أن يكون قبل البرء له وبعده، فذلك ثمانية أوجه ، وكل ذلك إما أن يتحقق من شخص واحـــد أو شخصين ، فذلك ستة عشر وجها ، فإن كان من شخصين يفعل بكل واحد منهما موجب فعله من القصاص وأخذ الأرش مطلقاً ، لأن التداخل إنما يكون عند اتحاد المحل لا غير . وإن كانا من شخص واحـــد فإيجاب يوجب القصاص أو إهدار أحدهما أمـــين على أصل ذكره المصنف بقوله :

(والأصل فيه) أي في الحكم المذكور (أن الجمـــع بين الجراحات واجب) فيعني الاكتفاء بموجب أحدهما واجب (ما أمكن) أي مهما أمكن ، (تتميماً للأول) لأن الأصل في العقوبات التداخل ، ويجعل الآخر متمماً للأول ، لأن القتـــل عادة لا يحصل بضربة واحدة ظاهراً ، بل بأكثر من ذلك ، وهو معنى قوله (لأن القتل في الأعم) أي

يقع بضربات متعاقبة ، وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الجرح ، إلا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه . وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين ، وفي الآخرين لتخلل البرء ، وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل ، وقد تجانسا بأن كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع . واكتفى بدية وإن كان قطع يده عمداً ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده ، فإن شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه ، وإن شاء قال اقتلوه . وهـــذا عند أبي حنيفة « رح » . وقالا : يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس

في أعم الأحوال (يقع بضربات متعاقبة) فيجعـل الثاني متمماً للأول ويجعـل الكل قتلاً واحداً .

(وفي اعتبار كل ضربه بنفسها بعض الجرح إلا أن لايمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول) المذكورة (في الأولين) أي في الفصلين الآخرين وعدم امكان الجمع (لاختلاف حكم الفعلين) كما إذا كان القطع خطأ ، والقتل عمداً أو على العكس (وفي الآخرين) أي وفي الفصلين الآخرين عدم إمكان الجمع (لتخلل البرء لهوهو) أي تخلل البرء (قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل)لأن بتخلل البرء ينتهي الفعل الأول لانتهاء أثره فلا يمكن جعل الثاني متمما للأول (وقد تجانسا) أي الفعلان (بأن كان خطأين يجمع بالإجماع لإمكان الجمع واكتفى بدية واحدة ، وإن كان قطع يده عمداً ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده ، فإن شاء الإمام قال اقطعوه ثم اقتلوه ، وإن شاء قال أقتلوه ، وهـــذا عند أبي حنيفة) «رح » وبه قال الشافعي « رح » ومالك « رح» وأحمـــد « رح » في رواية وأبو ثور .

(وقالا) أي أبو يوسف «رح» ومحمد «رح» مقتله (يقتل ولا تقطع يده) وبه قـال أحمد «رح» في رواية . وبه قال الثوري «رح» وعطاء «رح» (لأن الجمع ممكن لتجانس

الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما . وله : أن الجمع متعذر إمـــا للإختلاف بين الفعلين هذين لأنـــ الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بـأن يكون القتل بالقتـــل ، والقطع بالقطع ، وهو متعذر ، ولأن الحز يقطع إضافة السراية إلى القطع حتى لو صدرا من شخصين ، يجب القود على الحاز . فصار كتخلل البرء بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحـــد ، بخلاف ما إذا كانا خطأين . لأن الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ،

الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما) لأن الثاني يصبح متمماً للأول لأن القطـع يصلح مزهقاً للروح بالسراية ، والقتل متمماً له قبل تخلل البرء.

(وله) أي ولأبي حنيفة « رح » (أن الجمع متعذر) معنى الجمع هنا الاكتفاء بالقتل (إما للاختلاف بين الفعلين هذين) أي القتل والقطع يعني بالنظر إلى صورتهما ، وإن كان عمدين ، وإنما قلنا بالنظر إلى صورتهما لأن القطع إبانة لتجزأته عن الجملة ويسلك مسلك الأموال . والقتل إزهاق الروح (لأن الموجب) الفعلين (القود وهو) أي القود (يعتمد المساواة في الفعل) قال الله تعـــالى ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ وقال ﴿ فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ .

(وذلك) أي اعتماد المساواة (بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطـع وهو) أي القود الذي يعتمد المساواة (متعذر) لأنه يكون استيفاء الفعلين في فعل واحد ، والتعذر فيه ظاهر (أو لأن الحز) أي حز الرقبـة (يقطع إضافة السراية إلى القطـع حتى لو صدرا من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء) ولا جمـــع فيه بالاتفاق (بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد بخلاف ما إذا كانا) أي القتل والقطـــع (خطأين لأن الموجب الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة) بدليـــل أن عشرة

ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل . وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل، فضمان الجزء في حالة واحدة ، ولا يجتمعان ، أمـــا القطع والقتل قصاصاً يجتمعان . قال : ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ عن تسعين ومات عن عشرة ففيه دية واحدة لأنه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الإرش وإن بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة . وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة .

لو قتلوا رجلا خطأ يجب عليهم دية واحدة .

(ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل) يعني القطع بانقطاع توهم السراية (وذلك) إنما يكون (بالحز القاطع للسراية) وبه يجب ضمان الكل (فيجتمع ضمـــان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة) وهي حالة الجزء .

(ولا يجتمعان) أي والحال أنهما لا يجتمعان (أما القتل والقطع قصاصاً يجتمعان) لأن مبنى العمد على التغليظ والتشديد ، ولهذا تقتل الجماعة بالواحد ، وليس كذلك الخطأ لأن مبناه على التحقيق ، وهذا لا تتعدد الدية بتعدد القاتلين .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن ضرب رجلا مائة سوط فـــبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة) ومعنى هـــذا ضربه في موضع تسعين ، وفي موضع آخر عشرة فبرأ موضع التسعين ولم يبرأ موضع العشرة (لأنه لما برأ منها) أي من التسعين (لا تبقى معتبرة في حق الأرش) لأنه لما لم يبق أثر جعل كأنها لم توجد في حق الضمان . (وإن بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الإعتبار للعشرة) فـــلا يجب إلا دية واحدة .

(وكذلك) أي الجواب في (كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر) مثل إن كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر ، فإنها لا تبقى معتبرة لأن حق الارش ولا في حكومة عدل وإنما تبقى في حق التعزير ، (على أصل أبي حنيفة) إنما قيد بقوله ، ولم يبق لها أثر حتى

وعن أبو يوسف «رح» في مثل حكومة عدل . وعن محمد «رح» أنه يجب أجرة الطبيب. وإن ضرب رجلا مائة سوط وجرحه وبقي له أثر تجب حكومة العدل

لو بقي أثر الجراحة من نقصان أو غيره ، تجب حكومة العدل بلا خلاف لأحد ، إما إذا لم يبق أثر لأنه لا قيمة بمجرد الألم ، وبه قالت الأئمة الثلاثة «رح» .

ألا ترى أنه لو ضربه ، أو لطمه ، أو وكزه فتألم ، ولم يؤثر فيه ، لا يجب شيء ، ذكره المحبوبي وهو ظاهر الجواب وعليه التقرير .

(وعن أبي يوسف « رح » : في مثل حكومة عدل) وتفسير حكومة العدل يجيء في آخر فصل الشجاج .

(وعن محمد : أنه يجب أجرة الطبيب) وثمن الأدوية ، وذكر بكر الإختصاص في الضربة واللطمة بالسوط لأنه لا يمكن اعتبار المساواة إلا إذا رضي الضارب به فيستوي ، لأن الإمتناع لحقه كيلا يكون يستوفي منه بأكثر مما جنى عليه ، فإذا رضي فقد أسقط حقه من الزيادة .

وفي النوازل : قال الآخر خبيث جاز له أن يقول بل أنت ، لقوله تعالى ﴿ لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم ﴾ ، وكذا في كل كلمة لا يجب الحد . وقيل معنى الآية : هو الرجل يشتمك فتشتمه ، ولكن إن افترى عليك فلا تفتر عليه . كذا ذكره التمرتاشي .

(وان ضرب رجل مائة سوط وجرحه وبقي له أثر تجب حكومة العدل) هذه من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه : محمد « رح » ، عن يعقوب « رح » ، عن أبي حنيفة رحمه الله : في الرجل يضرب الرجل مائة سوط فيجرحه ويبرأ منها قال : على الضارب أرش الضرب إنتهى .

وقال الصدر الشهيد « رح » وغيره : وهذا إذا بقي أثر الضرب ، فإن لم يبق ، لا يجب شيء عند أبي حنيفة كما في المسألة المتقدمة ، وهذا إذا جرح ثم برأ ، فأما إذا لم يجرح في الإبتداء لا يجب شيء بالإتفاق .

لبقاء الأثر والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس . قال : ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله ، وإن عفا عن القطع وما يحدث منه ، ثم مات من ذلك ، فهو عفو عن النفس . ثم إن كان خطأ فهو من الثلث ، وإن كان عمداً فهو من جميع المال . وهذا عند أبي حنيفة ، وقالا : إذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضاً . وعلى هذا الخلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرى النفس ومات ،

وقال أبو الليث رحمه الله يعرف الضرب بأنه لو كان عبداً لم ينقص من قيمته ، فيجب عليه الدية ذلك المقدار (لبقاء الأثر والارش انما يجب باعتبار الأثر في النفس) إذا لم يبرأ وليس بموجود . وهذا يشير الى أنه إذا لم يخرج في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق ، وإن جرح ، وأن دمل ولم يبق لها أثر فكذلك كما هو أصل أبي حنيفة «رح» لأنه لم يكن إلا بمجرد الألم وهو لا يجب شيئاً ، كما لو ضربه ضرباً مؤلماً .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك ، فعلى القاطع الدية في ماله ، وإن عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو) أي عفو (عن النفس) سواء عفى بلفظ العفو أو الوصية .

وبه قال مالك « رح » وأحمد ، وطاوس « رح » ، والحسن « رح » ، وقتادة « رح » ، والأوزاعي « رح » .

وقال أصحاب الشافعي رحمه الله : إذا قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها ، ففيها قولان : أحدهما ، لا يصح فيجب دية النفس إلا دية الجرح. والثاني : أنه يصح فإن جرحت من الثلث سقط وإلا سقط منها ما يخرج من الثلث ، ووجه الباقي والقول الثاني ليس بوصية لأنه إسقاط في حق الجناية ، فلا يصح ، ويلزمه دية النفس إلا دية الجرح .

(ثم إن كان خطأ فهو من الثلث ، وإن كان عمداً فهو من جميع المال وهذا) قوله (عند أبي حنيفة ، وقالا إذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضاً ، وعلى هذا الخلاف إذا عفا

لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجبه ، وموجبه : القطع لو اقتصر ، والقتل إذا سرى . فكان العفو عنه عفواً عن أحد موجبيه أيها كان . ولان اسم القطع يتنـــاول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفواً عن نوعيه ، وصار كما إذا عفا عن الجناية ، فإنه يتناول الجناية السارية والمقتصرة ، كذا هـــذا . وله : أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة ، والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل . وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ، ونحن نوجب ضمانه ، وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمـــد إلا أن في الإستحسان تجب

عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات)، وكذلك الإختلاف في الضرب والشجة والجراحة وما أشبه ذلك ، وكذلك الإختلاف في الصلح والتزوج .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد «رح» (أن العفو عن القطع عفو عن موجبه) لأن نفس الفعل لا تحمل العفو ، وموجبه أحد الشيئين : ضمان النفس إن سرى ، وضمـان الطرف عن اقتصر ، وهو معنى قوله (وموجبـه القطع لو اقتصر والقتل إذا سرى ، فكان العفو عنه) أي عن القطع (عفواً عن أحد موجبيه أيها كان) أي أيهما وجد .

(ولأن إسم القطع يتناول) والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفواً عن أحد نوعيه ، أي أحد نوعي القطع وهما : (الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفواً عن نوعيه ، وصار كما إذا عفى عن الجناية السارية والمقتصرة) بلا خلاف .

(كذا هذا ، وله) أي ولأبي حنيفـة «رح» : (أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه ، لأنه عفا عن القطع ، وهو غير القتل. وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ، ونحن نوجب ضمانه) أي ضمان القتل .

(وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لأنـــه هو الموجب للعمد إلا أن في

الدية ، لان صورة العفو أورثت شبهة وهو درأته للقود . ولا نسلم أن الساري نوع من القطع ، أن السراية صفة له ، بل الساري قتل من الابتداء ، وكذا لا موجب له من حيث كونـــه قطعاً ، فلا يتناوله العفو . بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس ، وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل .

ولو كان القتل خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه

الإستحسان تجب الدية ، لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي درأته للقود) أي الشبهـة مسقطة للقصاص .

(ولا نسلم) هـــذا جواب عن قولهما : فيكون العفو عفواً عنه ، أي لا نسلم (أن الساري نوع من القطع ، وأن السراية صفة له) قيل فيه نظر، فإنه منع كون السراية صفة له ، يقال : سرى القطع وقطع سار ، فكيف يصح ؟

ففي ذلك أجيب عنه بأن المراد صفة منوعة وهي ليست كذلك ، بل هي مخرجة عن حقيقتها ، كما يقال : عصير مسكر .

(بل الساري قتل من الابتداء) هذا إضراب عـن قوله : نوع من القطع ، وذلك أن القتيل فعل مزهق للروح ، وبه عرفنا أنه كان قتلا .

(وكذا لا موجب له) أى للقطع الساري (من حيث كونه قطعاً) لأنـه إذا سرى ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلا ، إنما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف إلى القطع ، مضاف إلى غير محله فلا يصح . وإذا لم يصح العفو عـــن القتل ، لا يكون عفواً عن القطع ، وهو معنى قوله : (فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لأنه) أى لأن لفظ الجناية (إسم جنس) يتناول الساري وغيره .

(وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح في العفو عن السرايـة والقتل) وهذا ظاهر (ولو كان القتل خطأ فقد أجراه) أى فقـــد أجراه محمد رحمه الله (مجرى العمد في هذه الوجود) وهو العفو عن القطع ومطلقاً وما يحدث منه ، والعفو عن الشجة

وفاقاً وخلافاً آذن بذلك إطلاقه إلا أنه إن كان خطأ فهو من الثلث ، وإن كان عمداً فهو من جميـع المال ، لان موجب العمد القود ، ولم يتعلق به حق الورثة لـمـــا أنه ليس بمال فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه. أما الخطأ فموجبه المال، وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث

والعفو عن الجناية (وفاقا) أى من حيث الوفاق أى الإتفاق وهو في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالإتفاق فيما إذا كان القتل خطأ ، والثاني العفو عن الجناية فإنه عفو عن الدية أيضاً (وخلافــاً) أي من حيث الخلاف بين أبي حنيفة «رح» وبين صاحبية ، وهو أيضاً في موضعين أحدهما : أن العفو عن القطع مطلقاً عفو عن الدية عندهما إذا كان خطأ، وعند أبي حنيفة يكون عفواً عن أرش اليد لا غيره والثاني أن العفو عن الشجة عفو عن الدية إذا سرت عندهما .

وعن أبي حنيفة «رح» عن أرش الشجة لا غير (آذن) بالمد أي أعلم وهو فعل ماض من الايذان (بذلك إطلاقه) أى إطلاق محمد «رح» في الجامع حيث قال : ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده ، لأنه ذكره مطلقاً من غير وصف العمدية والخطأ .

وقال تاج الشريعة «رح» : فإن قلت الوضع في القتل العمدية بدليل قوله: فعلى القاطع الدية في ماله ، فلا يكون مطلقاً .

قلت : الوضع مطلق إلا أن قوله : فعلى القاطع الدية في ماله جواب لأحد نوعيه، أى عليه الدية في ماله إن كان عمداً .

(إلا أنه إن كان خطأ فهو من الثلث ، فإن كان عمداً فهو من جميع المال لأن موجب العمد القود ، ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال ، فصار كما إذا أوصى بإعـــارة أرضه . أما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث) يعني أنــه إذا تبرع بمنافع أرضه في مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير ، ذلك من جميـــع المال لأن المنافع ليست بأموال .

قال الأكمل «رح» : وفيه بحث من أوجه :

قال : وإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ ، وإن كان عمداً ففي مالها .

الأول : أن القصاص مورث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ؟

الثاني : أن الوصية بإعارة أرضه باطلة ولئن صحت . فحكمه الثاني يسكن الموصى له يوماً والورثة يومين إن لم يقبل القسمة ، وإن قبلها تقرر بالثلث للموصى له .

والثالث : أن المنافع أموال فكيف صارت نظير المالين بمال ؟

الجواب عن الاول : أن المصنف«رح» نفى تعلق حق الورثة به لا لكونه موروثاً ولا ينافي بينهما لان حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة ، وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل ، والقياس في المال أيضاً أن لا يثبت فيه تعلق حقهم إلا يتكففون الناس وتركهم أغنياء ، إنما يتحقق تعلق حقهم بما يتعلق التي وهو المال ، فلو لم يتعلق به لتصرف فيه فتركهم بماله يتكففون الناس . والقصاص ليس بمال ، فلا يتعلق به لكنه مورث لان الارث خلافة ذي نسب الميت الحقيقي أو الحكمي أو نكاحه أو ولاية حقيقة أو حكماً في ماله أو حق قابل له بعد موته .

وعن الثاني : بأن المراد من قوله : أوصى ، تبرع كما عبرنا عنه آنفاً والوصية تبرع خاص ، فيجوز أن يستمار لمطلقه .

وعن الثالث : أن المنافع أموال إذا كانت في عقد فيه معاوضة .

وقوله : فيعتبر من الثلث فيه إشكال وهو أنه إذا اعتبره من الثلث كان وصية . والقابل من العاقلة ، والوصية للقابل باطلة ، فيجب أن لا يصح في حصته .

وأجيب بأن المجروح لم يقل أوصيته بثلث الدية ، وإنما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعاً مبتدأ ولا مانع عنه ألا ترى أنه لو وهب له شيئاً وسلم جاز .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (فإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها ، وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ ، وإن كان عمداً ففي مالها)

قوله على يده : أي على موجب يده وقيد بقوله ثم مات الزوج في وجوب مهر المثل لانه إذا لم يمت فتزوجها على اليد صحت التسمية ويصير الارش اليد مهراً لها بالاجماع سواء

وهذا عند أبي حنيفة « رح » ، لان العفو عن اليد إذا لم يكن عفواً عما يحدث منه عنده ، فالتزوج على اليد لا يكون تزوجاً على مـــا يحدث منه . ثم القطع إذا كان عمداً يكون هذا تزوجاً على القصاص في الطرف وهو ليس بمـــال فلا يصلح مهراً لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل ، وعليها الدية في مالها لان التزوج ، وإن كان يتضمن العفو على ما تبين إن شاء الله تعالى ، لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة . وإذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو ، فتجب الدية ، وتجب في مالها لانه عمد ، والقياس أن يجب القصاص

كان القطع عمداً أو خطأ، فتزوجها على القطع أو على القطع وما يحدث منه أو على الجناية لان الماء برأ تبين أن موجبهـا الارش دون القصاص ، لان القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة عندنا ، والارش يصلح صداقاً كذا ذكره المحبوبي وقاضي خان «رح».

(وهذا عند أبي حنيفة «رح») أي هذا الحكم عنده (لان العفو عن اليد إذا لم يكن عفواً عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجاً على ما يحدث منه) فيكون ما لها من المهر غير ما عليها مما يحدث منه (ثم القطع إذا كان عمداً يكون هذا تزوجاً على القصاص في الطرف ، وهو ليس بمال فلا يصلح مهراً لا سيما على تقدير السقوط) أي سقوط القصاص (فيجب مهرا لمثل وعليها الدية في مالها) فإن قيل قبولها التزوج يتضمن العفو ، والعفو لا يتضمن ، فلا يجب عليها الدية فأجاب المصنف «رح» بقوله (لأن التزوج وإن كان يتضمن العفو على ماتبين إن شاء الله تعالى) إشارة إلى قوله : وقد رضي بسقوط حقه (لكن عن القصاص) أي لكن يتضمن العفو عن القصاص (في الطرف في هذه الصورة) أي فيما نحن فيه (وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو) بمعنى العفو لم يتعرض لذلك (فتجب الدية وتجب في مالها لأنه عمـد) والعاقلة لا يتحمل العمد (والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه) يريد به قوله لأنه هو الموجب العمد .

على ما بيناه وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة إن كان على السواء وإن كان في الديـــة فضل ترده على الورثة ، وإن كان في المهر ترده الورثة عليها ، وإذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجاً على أرش اليد ، وإذا سرى إلى النفس تبين انه لا أرش لليد ، وإن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها على ما في اليـــد ولا شيء فيها . ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها . قال : ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية ثم مـات من ذلك ،

(وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية) أي والحال أن عليها الديـة (تقع المقاصة إن كان) أي مهر المثل والدية (على السواء فإن كان في الدية فضل ترده) أي ترده المرأة (على الورثة) أي على ورثة الميت (وإن كان) أي الفضل (في المهر ترده الورثة عليها) أي على المرأة (وإن كان [1] القطع خطأ يكون هذا) أي التزوج (تزوجاً على أرش اليد وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها) أي والحال أنه لا شيء في اليد . (ولا يتقاصان) أي لا يتقاص ما على الزوج من مهر المثل ، وما على المرأة من الدية لاختلاف الذمم. (لأن الدية تجب على العاقلة في الخطأ) والقتل هنا خطأ. (والمهر لها) أي ويجب مهر المثل هنا ، ولايتقاصان وإنما تكون المقاصة إذا اتحـدت الذمة في الوجوب لها وعليها كما إذا قطعت عمداً أو سرى إلى النفس لأن الدية تجب عليها لا على العاقلة لأنه عمد ، والمهر لهـــا أيضاً فاتحدت الذمة فوقعت المقاصة .

(قال) أي قال محمد «رح» في الجامع الصغير (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية) أي أو تزوجها على الجناية أو على الجراحـــة ، (ثم مات من ذلك ،

---

(١) وإذا كان ـــ هامش .

والقطـع عمداً فلهـا مهر مثلها لانـ هـذا تزوج على القصاص

وهو لا يصلح مهراً فيجب مهر المثل على مـــا بيناه . وصار كمـا

إذا تزوجها على خمر أو خنزير ولا شيء عليها لانه لما جعل القصاص

مهراً فقد رضي بسقوطه لجهة المهر فيسقط القصاص بشرط أن يصير

مالاً فإنه يسقط أصلاً ، وإن كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها .

ولهم ثلث ما ترك وصيـة لان هــذا تزوج على الدية وهي تصلح

والقطع عمداً فلها مهر المثل) .

وفي بعض النسخ : فلها مهر مثلها (لأن هذا تزوج على القصاص وهو) أى القصاص (لا يصلح مهراً) فإذا كان كذلك (فيجب مهر المثل على ما بيناه) وفي بعض النسخ فلها مهر مثلها لأن هذا تزوج على القصاص ، وهو أي القصاص لا يصلح مهراً فإذا كان كذلك فيجب مهر المثل لأنه سمى ما لا يصلح مهراً .

(وصار) أى هذا (كما إذا تزوجهـــا على خمر أو خنزير) حيث يجب مهر المثل في هذا (ولا شيء عليها) أى على المرأة ، لا القصاص ولا الدية ، وهـذا هو فائدة التعميم بقوله : ولا شيء .

(لأنه لما جعل القصاص مهراً فقد رضي بسقوطه لجهة المهر) هذا كان جواب لمـــا قال ينبغي أن يجب القصاص لأنه ما رضي بسقوطه مطلقاً بل بسقوطه من جهة المهر ، وحاصل الجواب أنه جعل القصاص مهراً فقد سمى ما لا يصلح مهراً .

(فيسقط أصلاً كما إذا سقط القصاص بشرط أن يصير مالاً) أي بشرط أن يصير القصاص مالاً بأن يقول أسقطت القصاص بشرط أن يصير مالاً (فإنه يسقط) أن يكون (أصلاً) إن مضى كلامه (بشرط أن يصير الدم مالاً) والدم ليس بمال في دين سماوي ، فكان شرطاً باطلا فصار إسقاطاً مطلقاً . (وإن كان) أي القطع (خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها) أي قدر مهر مثلها .

أن يصير الدم مالاً) والدم ليس بمـال في دين سماوي ، فكان شرطاً باطلا فصار إسقاطاً مطلقاً . (وإن كان) أى القطع (خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها) أى قدر مهر مثلها .

(ولهم) أى وللعاقلة (ثلث ما ترك) أى الميت من الدية (وصية) أى من حيث الوصية لهم ، (لأن هذا) أى التزوج على اليد وما يحدث منها (تزوج على الدية وهي)

مهراً إلا إنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصليـــة ، ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة ، فتكون وصية . ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها ، فمن المحال أن ترجع عليهم بموجب جنايتها ، وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من أهل الوصية لمـــا أنهم ليسوا بقتلة ، فإن كانت تخرج من الثلث تسقط ، وإن لم تخرج يسقط ثلثه .

وقال أبو يوسف « رح» ومحمد « رح » : كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منـــه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين .

أي الدية (تصلح مهراً إلا أنه يعتبر بقـــدر مهر المثل من جميع المال لأنه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الأصلية) والمريض إذا تزوج امرأة بمال كان لهـــا مقدار مهر مثلها (ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لأنه محاباة فتكون وصية) لها والوصيـــة للقاتل لا تصح (ويرفع عن العاقلة) أي قدر مهر مثلها .

(لأنهم) أي لأن العاقلة (يتحملون عنها) ولا يتحملون لها (فمن المحال أن ترجع) أي المرأة (عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم) أي للعاقلة (لأنهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة فإن كانت) أي الزيادة (تخرج من الثلث تسقط)عنهم (وإن لم تخرج) من الثلث (يسقط ثلثه) أي ثلث ما زاد وعلى مهر المثل إلى تمام الدية ويردون ما بقي إلى الورثة واعلم أن هذا كله من قوله : واذا قطعت المرأة يـــد رجل ، إلى هنا قول أبي حنيفة « رح » .

وأما قول أبي يوسف ومحمد «رح» ، فهو ما أشار إليه بقوله : (وقال أبو يوسف ومحمد رحمها الله) فهو ما أشار إليه بقوله (كذلك الجواب) أي كجواب أبي حنيفـــة « رح » (فيا إذا تزوجها على اليد) أي موجب اليد (لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما، فاتفق جوابهما في الفصلين) أي فيا بزوجها على اليد إذا كان القطع خطأ وفيا إذا تزوجها

قال : ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه لانه تبين أن الجناية كانت قتل عمد ، وحق المقتص له القود . واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود إذا استوفى طرف من عليه القصاص . وعن أبي يوسف : أنه يسقط حقه في القصاص لانه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه . ونحن نقول : إنما أقدم على القطع ظناً منه أن حقه فيه ، وبعد السراية تبين أنـــه في القود فلم يكن مبرئاً عنه بدون العلم به. قال : ومن قتل وليه عمداً فقطع يد قاتله ثم عفا وقـــد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة « رح» .

على اليد وما يحدث منها أو على الجنايـــة وعبر بالفصلين باعتبار المتفق والمختلف وإلا فالفصول ثلاثة .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن قطعت يـده فاقتص له من اليد ثم مات) أي المقطوعة يده (فانه يقتل المقتص منه) وبه قالت الثلاثة (لانـــه تبين أن الجناية كانت قتل عمـد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود) أي حق القصاص (إذا استوفى طرف من عليه القصاص) فإنه لا يسقط حقه من القصاص .

(وعن أبي يوسف«رح» انه يسقط حقه في القصاص لانه لما أقدم على القطع فقد أبراه عما وراءه ونحن نقول) أي في الجواب عما قاله أبو يوسف (إنما أقدم على القطع ظناً منه أن حقه فيه) يعني في حق اليد (وبعد السراية) أي بعد سراية القطع إلى الموت (تبين أنه) أي أن حقه (في القود فلم يكن مبرئاً عنه) أي عن القود (بدون العلم به) أي بأن حقه في القود .

(وقال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن قتل وليه عمداً فقطع يـــد قاتله ثم عفى وقد قضى له بالقصاص أولم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة «رح») وبه

وقالا : لا شيء عليه لانه استوفى حقه ، فلا يضمنه ، وهـــذا لانه استحق إتلاف النفس بجميع أجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمنه . وكذا إذا سرى وما برأ ، أو ما عفا ومـــا سرى ، أو قطع ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده . وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ، ثم عفا ، لا يضمن الاصابع . وله أنه استوفى غير حقه ، لان حقه في القتل وهذا قطع وإبانة ،

قال أحمد ولوقتله لا شيء عليه عنده . وعند أحمد عليه الديـــة . وعند مالك « رح » عليه القصاص .

(وقالا) أي قال أبو يوسف ومحمد «رح» (لاشيء عليه) لا القصاص ولا الدية. وبه قال الشافعي (لأنه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا) توضيح لما قبله (لأنه استحق إتلاف النفس بجميع أجزائه) لأن اليـــد كانت جميعاً للولي تبعاً للنفس فبطل حقـــه بالنفس مما بقي لا بمـــا استوفى .

(ولهذا) أي ولأجل استحقاقه إتلاف النفس بجميع أجزائه (لو لم يعف لا يضمنه) أي لو لم يعف وسرى لا يجب الضمان عليه . هذا إلزام على أبي حنيفة لا على أحمد ومالك لأنهما قالا بضمان اليد بعد الإستيفاء ، ويدل عليه أحكام منها قوله :

(وكذا إذا سرى) أي بعـــد العفو (وما برأ) تأكيد لقوله : إذا سرى ، أي لم يعف . وسرى .

ومنها قوله : (أو ما عفا) يعني قطع وما عفـــا (وما سرى) يعني ما ظهر حاله بعد القطع .

ومنها قوله : (أو قطع ثم حز رقبته قبل البرء أو بعـــده) لا يضمن (وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا) عن الكف (لا يضمن الأصابـــع) فكذا في الطرف مع النفس . وهذا لأن حقه ثابت في النفس ، وكل حق ظهر في النفس يظهر في حق الأطراف طبعاً لأنها من جملة النفس .

(وله) أي لأبي حنيفة (أنه استوفى غير حقه، لأن حقه في القتل وهذا قطع وإبانة)

وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فإن له أن يتلفه تبعاً . وإذا سقط وجب المال، وإنما لا يجب في الحال لأنه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفياً حقه . وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر إلا عند الإستيفاء أو العفو والاعتياض لما أنه تصرف فيه. فأما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة

القطع هو الإبانة ، والقتل إزهاق بينهما مغايرة .

(وكان القياس أن يجب القصاص) يعني في اليد (إلا أنه سقط الشبهة) أي غير أن القصاص سقط للشبهة ، وعلل الشبهة بقوله : (فان له أن يتلفه تبعاً) أي يتلف الطرف تبعاً للنفس .

(وإذا سقط) أي القصاص (وجب المال وإنما لا يجب) أي المال (في الحال) هذا جواب عما يقال لما سقط القصاص ووجب المال كان ينبغي أن يثبت المال في الحال ولا يتوقف على البرء كما في الجنايات .

فأجاب بقوله (لأنه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفياً حقه) فلا يبقى له شيء (وملك القصاص في النفس ضروري) هذا جواب عن قولهما أنه استوفى حقه فقال : ليس كذلك لأن ثبوت القصاص لما كان ضرورياً لثبوته مع المنافي ، وهو الحرمة لأن الآدمي بنيان الرب ، فلا يحل تخريبه .

فإذا كان كذلك (لا يظهر) إلا في أحوال ثلاثة أشار إليها بقوله (إلا عند الاستيفاء) وهو استيفاء النفس بالقصاص . (أو العفو والاعتياض) عنه وهو عفو من وجه (لما أنه تصرف فيه) أي لما أن كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة تصرف في القاتل ، فلا يجوز التصرف بغيرها .

(فأما قبل ذلك) أي قبل التصرف بهذه الأشياء الثلاثة (لم يظهر) أي ملك القصاص (لعدم الضرورة) أي إظهاره . فإذا كان الملك عدماً قبل الإستيفاء في حق المحل ، فلا يظهر في الأطراف قبل الاستيفاء . ماذا القتل به الإستيفاء بحكم إلا أن بظهوره في حق الأطراف فلم يكن هذا الإستيفاء لحقه .

بخلاف ما إذا سرى لأنه استيفاء لحقه . وأما إذا لم يعف وما سرى . قلنا : إنما تبين كونه قطعاً بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا ، وبرء الصحيح انـــه على هذا الخلاف . وإذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء ، فهو على هـــذا الخلاف هو الصحيح . والأصابع وإن كانت تابعة قياماً بالكف ، فالكف تابعة لها عرضاً

(بخلاف ما إذا سرى) جواب عن قولهما : وكذا إذا سرى أي القطع .

(لأنه استيفاء لحقه وأما إذا لم يعف وما سرى)جواب عن قولهما أو ما عفا وماسرى.

(قلنا إنما تبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرء الصحيح أنه على هذا الخلاف) فلا يكون لشهدا به . وقال الإمام علاء الدين «رح» لو قطع ومـــا عفا وبرأ اختلف المشايخ فيه ، والصحيح أنه على الخلاف .

(وإذا قطع ثم حز رقبته) جواب عن قولهما : أو قطع ثم حز رقبتـــه إلى آخره ، تقرير الجواب .

إن حز الرقبة إن كان (قبل البرء فهو استيفاء) فلا يضمن لأن الطرف صار مستحقاً في حق القتل،وهذا الفعل صار قتلا. (ولو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح) أي كونه على الخلاف هو الصحيح فلا يكون مستشهداً به .

(والأصابع وإن كانت تابعة) جواب عـــن قولهما : وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف ، إلى آخره . تقديره أن الأصابع وإن كانت تابعة ، يعني للكف حال كونهـــا (قياماً بالكف) من حيث أنها تقوم بالكف (فالكف تابع لها) أي للأصابع (عرضاً) أي من حيث العرض لأن منفعة البطش تقوم بالأصابع،والكف كالشرط له . وهو اختيار بعض المشايخ ، فإنهم تبرعوا بالفرق .

ومنعه صاحب الأسرار وقال لا نسلم أنه لا يلزمه ضمان الأصابع ، بل يلزمـــه إذا عفى عن الكف .

بخلاف الطرف لأنهــا تابعة للنفس من كل وجه. قال: ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات، يضمن ديـــة النفس عند أبي حنيفة «رح». وقالا: لا يضمن لأنه استوفى حقــه وهو القطع، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص، إذ الإحتراز عن السراية ليس في وسعه، فصار كالإمام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليـد. وله: إنـه قتل بغير حق لأن حقه في القطع، وهذا وقـع قتلا، ولهذا الوقـع ظلماً

(بخلاف الطرف) مع النفس (لأنها تابعة للنفس من كل وجه) فلم يكن مستحقاً أصلا فكان قطع اليد قطعاً بغير حق، فوجب الضمان.

قال: أي في الأصل، لان هذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعاً. وليست بمذكورة في البداية، فعلى هذا لم يقع لفظ.

(قال) في أول المسألة مناسباً (ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات يضمن دية النفس، عند أبي حنيفة «رح» وقالا: لا يضمن).

وبه قال الشافعي ومالك «رح» وأحمد (لانه استوفى حقــه وهو القطع، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص، إذ الإحتراز عن السرايـــة ليس في وسعه فصار كالإمام) أي القاضي، إذا قطع يد السارق ومات من ذلك.

(والبزاغ) من بزغ البيطار الدابة شقها بالمبزغ، وهو مثل شرط الحجام (والحجام) هو الذي يحجم (والمأمور بقطع اليد) إذا مات المقطوع. لان كل واحد من هؤلاء مأذون بما فعله فـلا يوصف بالتعدي، فلا يضمن.

(وله) أي ولابي حنيفة «رح» (أنه) أي أن القاطع (قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا الوقع ظلماً) أي ولكونه قطعاً بغير حق لو وقع هذا القطع

كان قتلا . ولأنــــه جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة ، وهو مسمى القتل . إلا أن القصاص سقط للشبهـــة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لأنه مكلف فيها بالفعل إما تقلداً كالإمام أو عقداً كما في غيره منهـــا ، والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي إلى الحربي . وفي ما نحن فيـــه لا إلتزام ولا وجوب . إذ هو مندوب إلى العفو فيكون من باب الاطلاق فأشبه الاصطياد .

ظلماً من غير قصاص ، وسرى إلى النفس (كان قتلا) موجباً للقصاص أو الديـــة في حق النفس .

(ولانه) أي ولان هذا الفعل (جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة) يعني أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة .

(إلا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه) أي لان الذي باشر فكان فيها أي في المسائل (مكلف فيها بالفعل إما تقلداً) أي من حيث التقلد (كالإمام) فانه إذا تقلد وجب عليه أن يحكم . (أو عقداً) أي من حيث العقد (كما في غيره) أي غير الإمام وهو البزاغ والحجام والختان (منهـــا) أي المسائل (والواجبات) أي الامور التي يجب فعلها (لا تتقيد بوصف السلامة ، كالرمي إلى الحربي) فإنه إذا رمى إلى الحربي فأصاب أسيراً مسلماً لم يضمن .

(وفيما نحن فيه) بأن الإستيفاء (لا إلتزام) من الذى فعل (ولا وجوب) من حيث الشرع (إذ هو مندوب إلى العفو) قال الله تعالى ﴿ وأن تعفو أقرب للتقوى ﴾ .

(فيكون من باب الاطلاق) أي الاباحة (فأشبه الاصطياد) فانه إذا رمى إلى صيد فأصاب إنساناً ضمن كذا هذا فان قيل ما الفرق بين هذه وبين المستعير والمستأجر ،ويعلم ضرب الصبي باذن الاب ، فمات .

وقاطع يد حربي أو مرتد أسلم بعد القطع ، فانــــه لا يجب على المستعير والمستأجر الركوب إذا نفقت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان وهاهنا إذا سرى . وأجيب بأن في الثلاثة الاول حصل سبب الهلاك باذن فنقل إلى الآذن ، ولو أهلك المالك دابته لم يجب عليه شيء ، فكذا إذا أذن بسبب الهلاك .

والاب إذا قتل ابنه يجب عليه الدية ، فكذلك هنا بخلاف القصاص فانــــه يقع بالملك دون الاذن .

ولما قطع وسرى كان القطع قتلا وليس له ملك القتل ، فكان متصرفاً في غير ملكه وهو يوجب الضمان .

وأما الرابع : فلأن القطع مع السراية يصير قتلا من الابتداء ، ولو وقع ابتداء وقــع القتل قبل الاسلام في مباح الدم ، وذلك لا يوجب الضمان، فكذا إذا صار قتلا في الانتهاء لأنه مستند إلى ابتداء القطع .

* * *

باب الشهادة في القتل

قال: ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب، فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة. وقالا لا يعيد البينة، وإن كان خطأ لم يعدها بالاجماع، وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر. لهما في الخلافية أن القصاص طريقه طريق الوارثة كالدين

(باب الشهادة في القتل)

أي هذا باب في بيان حكم الشهادة في القتل، ولما كانت الشهادة فيه متعلقاً بالقتل ذكرها بعد ذكر حكم القتل لانه لما تعلق به صار كالتابع له.

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن قتل وله إبنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل، ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة) يعني إذا أقام الحاضر البينة أنه قتل أباه عمداً، قبلت البينة وحبس القاتل، فإذ حضر الغائب كلفا جميعاً إعادة البينة

(وقالا لا يعيد) وهو قياس الأئمة الثلاثة «رح» (وإن كان) أي القتل (خطأ لم يعدها) أي البينة (بالإجماع. وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر) لا يكلف بإقامة البينة بالاجماع، ويكون الحاضر خصماً عن نفسه وعن أخيه الغائب.

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد «رح» (في الخلافية) أي في المسألة الخلافية (أن القصاص طريقه طريق الوراثة) أي على معنى أنه يثبت للميت أولاً، ثم ينتقل عنه إلى الوارث فصار (كالدين) وثمة أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في إثباته. ولهذا يحبس القاتل بهذه البينة لأن الوارث خصم في إثباته.

(وهذا) توضيح لما قبله، أي كونه بطريق الوراثة (لأنه) أي لأن القصاص (عوض

وهذا لأنه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في العوض كما في الدية . ولهذا لو انقلب مالاً يكون للميت ، ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقين . وله أن القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثه . ألا ترى أن ملك القصاص يثبت بعد الموت ، والميت ليس من أهله بخلاف الدين والدية لأنـــه من أهل الملك في الأموال كما إذا نصب شبكة تعلق بها صيد بعد موته فإنه يملكه .

عن نفسه) أي نفس الميت ، لأن النفس نفس (فيكون الملك فيه) أي في العوض (لمن له الملك في العوض)وهو النفس . (كما في الدية)إذا ادعى الحاضر الدية لم يكلف إعادة البينة بالاتفاق وإذا حضر الغائب .

(ولهذا) أي ولأجل كون طريق القصاص طريق الوراثة (لو انقلب) أي القصاص (مالا يكون للميت) يقضى به دينه وينفذ منه وصاياه . (ولهذا) أي ولأجـل ذلك (يسقط) أي القصاص (بعفوه) أي بعفو المجروح (بعد الجرح قبل المـوت) فاذا كان كذلك (فينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقين) لأنهم كالوكلاء عن الميت فينفر كل منهم باثبات حقوقه .

(وله) أى ولأبي حنيفة «رح» (أن القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثة) وهو أن يثبت الملك ابتداء للوارث دون المورث لقوله تعالى ﴿ من قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا ﴾ ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله) أى من أهل القصاص لأنه شرع للتشفي ودرك الثأر كالعبد إذا نصب فانه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لأن العبد ليس بأهل للملك .

(بخلاف الدين والدية) هذا جواب عـــن قولهما كالدين (لأنه) أى لأن الميت (من أهل الملك في الأموال، كما إذا نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته ، فانـــه يملكه

وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره . فإن كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا ، فالشاهد خصم . ويسقط القصاص لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى مال ولا يمكنه اثباته إلا باثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب . وكذلك عبد بين رجلين قتل عمداً وأحد الرجلين غائب فهو على هذا لما بيناه . قال : فإن كانت الأولياء ثلاثة فشهد إثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لأنهما يجران

وإذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب أحدم خصماً عن الباقين فيعيد) أي الغائب (البينة بعد حضوره فان كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفى فالشاهد خصم) أي الحاضر خصم في ذلك .

(ويسقط القصاص لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى مال ولا يمكنه إثباته إلا باثبات العفو من الغائب ، فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب . وكذلك عبد بين رجلين قتل عمداً وأحد الرجلين غائب فهو على هذا) الحكم المذكور (لما بينا) وهو أن القود مشترك بينهما ، فالقاتل يدعى بطلان حق الحاضر واتباعاً له ، ولا يمكنه إثبات ذلك إلا باثبات العفو عن الغائب ، فصار الغائب مقضياً عليه ويحتمل أن يكون قوله على ما بيناه من أن ملك القود يثبت عندهما بطريق الوراثة لأن العفو تبقى في حق الدم على أصل الحرية وعنده بطريق الخلافة .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (فان كانت الأولياء ثلاثة) أي وإن كان أولياء المقتول عمداً ثلثه النفس . (فشهد إثنان منهم على الآخر أنه قد عفى) أي عن القصاص (فشهادتهما باطلة وهو عفو) لأنهما زعما أن القود قد سقط وزعمهما معتبر فيه . (منهما لأنهما يجران) هذا تعليل لقوله تعالى ﴿ فشهادتهما باطلة ﴾ ولم يذكر تعليل قوله :

بشهادتهما إلى أنفسهما مغنماً وهو انقلاب القود مالا فإن صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثا . معناه إذا صدقهما وحده لأنه لما صدقهما فقد أقر بثلثي الدية لهما فصح إقراره إلا أنه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو منكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وإن كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية ، معناه إذا كذبهما القاتل أيضاً وهذا لأنهما أقرا على أنفسهما بسقوط القصاص فقبـــل وادعيا انقلاب نصيبهما مالاً فلا يقبل إلا بحجة ، وينقلب نصيب المشهود عليه مالاً لأن دعواهما

وزعمهما معتبر في حقهما ، ونحن ذكرناه الآن أن الوليين من الاولياء الثلاثـــه يجران : (بشهادتهما إلى أنفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالاً فان صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثاً) هذا لفظ محمد « رح » في الجامع الصغير أن جميع الدية للأولياء الثلاثة أثلاثاً وتتأتى فيه القسمة الفعلية لانه إما أن يصدقهم القاتل ، والمشهود عليه جميعاً أو يكذبهما أو يصدقهما القاتل دون المشهود عليه أو بالعكس ، والمذكور في الكتاب أولاً أن يصدقهما القاتـــل وحده وفيه الدية بينهم أثلاثاً .

وقال المصنف «رح» (معناه إذا صدقهما وحده) يعني إذا صدق القاتل الشاهـــدين وحده ولم يصدق المشهود عليه بل كذبهما قيد به لانه إذا صدق المشهود عليه مع القاتل أيضاً سقط حقه في الدية لاقراره بالعفو . (لانه لما صدقهما فقـــد أقر بثلثى الدية لهما فصح إقراره ، إلا أنه يدعى سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه . وإن كذبهما) أى وإن كذبهما القاتل (فلا شيء لهما) أى للشاهدين (وللآخر) وهـــو المشهود عليه (ثلث الدية ، معناه إذا كذبهما القاتل) والمشهود عليه (أيضاً) .

وفي بعض النسخ معناه : إذا كذبهما القاتل أيضاً ، فعلى تلك النسخة يكون تقدير قوله وإن كذبهما أى المشهود عليه والاول أصح .

(وهذا) وهذا توضيح لما قبله (لأنهما أقرا من أنفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا ولا يقبل إلا بحجة ، وينقلب نصيب المشهود عليه مـــالاً لأن دعواهما

العفو عليه وهو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لأن سقوط القود مضاف إليهما وإن صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك . قال: وإذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل

العفو عليه وهو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه ، لأن سقوط القود مضاف إليهما وإن صدقهما المشهود عليه وحده) يعني وكذبهما القاتل (غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لإقراره له بذلك) أي لإقرار القاتل للمشهود عليه بذلك : أي بثلث الدية إذا أنكر عفو المشهود عليه بعد انقلاب القصاص مالاً بشهادة صاحبه ، ولكنه يصرف إلى الشاهد في بعض النسخ : ولكنه يصرف ذلك إلى الشاهدين وهذا استحسان .

والقياس أن لا يلزمه شيء ، لأن ما ادعاه الشاهد أن على القاتل لم يثبت لإنكاره ، وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه ، أي بتكذيب المشهود عليه القاتل في إنكاره العفو ، يعني لما صدق المشهود عليه الشاهدين ، صار تصديقه تكذيباً منه للقاتل في إنكاره العفو بصدد بالقياس .

قال زفر «رح» : وجه الإستحسان أن القاتل بتكذيبه الشاهدين أقر للمشهود عليه بثلث الدية ، لزعمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو على الغائب ، وانقلب نصيبه مالاً . والغائب لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالاً فصار مقراً لهما ، أي صار الغائب وهو المشهود عليه بالعفو مقراً للشاهدين بما أقر به القاتل ، وهو ثلث الدية له ، أي للغائب ، فيجوز إقراره بذلك بمنزلة ما لو أقر رجل لرجل بألف درهم ، فقال المقر له هذه الألف ليست لي ولكنها لفلان . جاز وصار الألف لفلان ، وكذا هذا حاصله أن من أقر لإنسان بشيء فأقر المقر له لغيره لا يصير رداً للإقرار ، ولكن يتحول الحق إلى المقر له الثاني .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (وإذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل) أي

صاحب فراش حتى مات فعليه القود إذا كان عمداً لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة ، وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه ، لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات ، وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح . قال : وإذا اختلف شاهدا القتل في الأيام أو في البلد أو في الذي كان فيه القتل فهو باطل لأن القتل لا يعاد

المضروب (صاحب فراش) يعني لم يحصل له البرء أصلا (حتى مات فعليه القود) أي القصاص إلى هنا لفظ محمد في الجامع .

وقال المصنف (إن كان عمداً) احترز به عن الخطأ وتفسير العمد أن يضربه عمداً فيموت بسبب ذلك الضرب ، حتى لو كان يوم ويذهب في حوائجه بعد الضرب لا يقبل ، وإن كان صاحب فراش بذلك الضرب ومات ، فقد مات بذلك السبب فوجب الحكم به .

(لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة ، وفي ذلك القصاص على ما بيناه) في القتل العمد (والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات . وتأويله) أي وتأويل قول محمد «رح» (إذا شهدوا) الشهود أنه ضربه إلى آخره (أنه ضربه بشيء جارح) يعني مثل السيف وما يجري مجراه في تفريق الأجزاء لأن في غير ذلك لا يجب القود عند أبي حنيفة . وإنما أول بذلك لتكون المسألة مجمعاً عليها لا يقال الضرب بسلاح قد يكون خطأ ، فكيف يجب القود ؟ لأنا نقول : لما شهدوا أنه ضربه بسلاح ثبت العمد لا محالة لأنه كان خطأ لقالوا أنه قصد غيره فأصابه .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (وإذا اختلف شاهدا القتل في الأيام) بأن قال أحد الشاهدين أنه قتل يوم الخميس ، وقال الآخر يوم الجمعة (أو في البلد) بأن قال أحدهما قتله بالبصرة ، وقال الآخر بالكوفة (أو في الذي كان به القتل) أي واختلف في شيء الذي كان به القتل أحدهما بالعصا . وقال الآخر بالسيف (فهو باطل) أي لا تسمع هذه الشهادة (لأن القتل لا يعاد) ولا يكون ، وهذا ظاهر .

القتل لا يعاد) ولا يكون ، وهذا ظاهر .

ولا يكرر والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو في مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثاني عمد والأول شبه العمد وتختلف أحكامهما ، فكان على كل قتل شهادة فرد . وكذا إذا قال أحدهما : قتله بعصا ، وقال الآخر : لا أدري بأي شيء قتله ، فهو باطل لأن المطلق يغاير المقيد قال : وإن شهدا أنـــه قتله وقالا : لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحساناً . والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة لأن القتل يختلف باختلاف الآلة ، فجهل المشهود به وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق ، والمطلق ليس بمجمل ،

(والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو مكان آخر . والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثاني) أي القتل بالسلاح (عمد ، والأول) أي القتل بالعصا (شبـه عمد ، وتختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد) ولم يوجد الإتفاق من الشاهدين على قتل واحد فلم تقبل شهادتهما .

(وكذا) الحكم (إذا قال أحدهما) أي أحد الشاهدين (قتله بعصا ، وقال الآخر : لا أدري بأي شيء قتله ، فهو باطل لأن المطلق يغاير المقيد) . لأن المقضى به إن كان القتل بعصا فالدية على العاقلة ، وإن كان المقضي به لا يعلم فالدية في ماله . كـــذا ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده «رح» .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإن شهدا أنـه قتله ، وقالا لا ندري بأى شيء قتله ، ففيه الدية) لأن أحدهما شهد بقتل معلوم لا يوجب القصاص ، والآخر بقتل مجهول فلم يتفقا على قتل واحد ، فإذا كان كذلك فعليه الديه ، (استحساناً والقيـــاس أن لا تقبل هـــذه الشهادة لأن القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به) لأنه غفلة من الشاهدين (وجه الإستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق ، والمطلق ليس بمجمل) .

ولهذا وجب التحرير في التكثير بقوله فتحرير رقبة ، ولو كان مجملاً لما وجب الكل

فيجب أقل موجبيه وهو الدية . ولأنه يحمل إجمالهم في الشهادة على إجمالهم بالمشهود عليه ستراً عليـــه . وأولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد بإطلاقه

فإذا كان كذلك (فيجب أقل موجبيه) أى أقل موجبي القتل وهو القصاص والدية .

قال شيخنا العلاء أدنى موجبيه وفيه صفة التجنيس التام كما في قوله تعـالى ﴿ ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون مالبثوا غير ساعة ﴾ .

الأول : بمعنى الإبهام ، والثاني : بمعنى الإحسان . وصرح في المبسوط بأحد موجبيه (وهو الدية ، ولأنه يحمل إجمالهم) أى إجمال المشهود (في الشهادة على إجمالهـم) أى إحسانهم (بالمشهود عليه ستراً عليه) ، أى لأجل الستر عليه حتى لا يجب عليه القصاص.

وهذا في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الإستحسان ، وهو أن يقول المشهـــود في قولهم : لا ندري بأى شيء قتله . إمـــا صادقون وإما كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب . وعلى كل التقدير يجب أن لا تقبل شهادتهم لأنهم إن صدقوا امتنع العصابه لاختلاف موجب السيف والعصا . وإن كذبوا فكذلك لأنهم صاروا فسقة .

وقال في جوابه: جعلوا عالمين بأنه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري ستروا عليه .

(وأولوا كذبهم) أى المشائخ أولوا كذب الشهود (في نفي العلم) أي في قولهم : لا ندري (بظاهر ما ورد) نصب بنزع الخافض أى بظاهر ما ورد (بإطلاقه) أى بإطلاق الكذب أى تجويزه على ما ورد في الحديث من قوله ﷺ « ليس بكذاب من أصلح الوصل وأنه البين الوصل » . قاله الجوهري والشراح ، كلهم ذكروا هذا الحديث ، ولم يعترض أحد منهم من أخرجه ولا من رواه عن النبي ﷺ .

قلت الحديث رواه ابن أبي شيبة «رح» ، ولفظه : حدثنا يزيد بن هـــارون حدثنا شعبان بن حسين عن الزهري ، عن عبد الرحمن عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ « لم يكذب من قال خبراً أو أصلح بين اثنين » .

وروى أبو داود والترمذي «رح» من حديث أبو الدرداء «رض» قال : قال رسول الله ﷺ : « ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقه ؟ » قالو : بـــلى . قال: « إصلاح ذات البين » .

في إصلاح ذات البين ، وهـــذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك، وتجب الدية في ماله لأن الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة . قال وإذا أقر رجلان كل واحد منهما أنــــه قتل فلانا ، فقال الولي : قتلتماه جميعاً ، فله أن يقتلهما ، وإن شهدوا على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله ، وقـــال الولي : قتلتماه جميعاً بطـــل ذلك كله . والفرق أن الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص. وقـــد حصل التكذيب في الاول

وروى البيهقي في شعب الإيمان من حديث أبي هريرة «رض» عن النبي ﷺ قال: قال « ما عمل إبن آدم شيئاً أفضل من الصلاة » .

(في إصلاح ذات البين وهذا في معناه) أى ستر الشاهد على المشهود عليه مـا يوجب القتل في معنى إصلاح ذات البين ، لأن العفو مندوب هنا لقوله تعـالى ﴿ وإن تعفوا أقرب للتقوى ﴾ . كما أن الإصلاح مندوب ثمة فكان تجويز الكذب ثمة تجويزاً هنا .

(فلا يثبت الاختلاف بالشك) يعني إذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجملوا ، واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك ، والاختلاف لا يثبت بالشك .

(وتجب الدية في ماله لأن الأصل في الفعل العمد ، فـلا يلزم العاقلة) لأن العاقلة لا تتحمل العمد .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (وإذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلاناً، فقال الولي قتلتماه جميعاً فله أن يقتلهما) أما لو قال صدقتهما في هذه الصورة لا يقتل واحد منهما . ذكره التمرتاشي «رح» .

(وإن شهدوا على رجل أنه قتل فلاناً وشهد آخرون على آخر بقتله ، وقال الولي : قتلتماه جميعاً بطل ذلك كله . والفرق أن الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما) أى من الاقرار والشهادة، (وجود كل القتل، ووجوب القصاص ، وقد حصل التكذيب في الأول)

من المقر له . وفي الثاني من المشهود له غـــير أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر بـه لا يبطل إقراره في الباقي ، وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد بـــه يبطل شهادته أصلا لان التكذيب تفسيق ، وفسق الشاهد يمنع القبول إما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار .

أى في الوجه الأول (من المقر له ، وفي الثاني من المشهود له غـــير أن تكذيب المقر له في بعض ما أقر به) قيد به لأن تكذيب المقر له في كل ما أقر بـــه المقر يبطل لاقراره (لا يبطل إقراره بالباقي) ، فإن من أقر بألف فصدق المقر له في النصف و كذبـــه في النصف صح الاقرار فيا صدقه .

(وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لأن التكذيب تفسيق) للشاهد (وفسق الشاهد يمنع القبول ، أما فسق المقر لا يمنع صحـــة الاقرار) فافترقا أى الوجهان المذكوران .

* * *

باب اعتبار حالة القتل

قال: ومن رمى مسلماً فارتد المرمى إليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة «رح». وقالا: لا شيء عليه لأنه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئاً للرامي عن موجبه كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت وله أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي إذ لا فعل منه بعده، فيعتبر حالة الرمي، والمرمي اليه فيها متقوم.

(باب اعتبار حالة القتل)

أي هذا باب في اعتبار حالة القتل والحالة من الصفات لزومها فلذلك ذكرها بعدذكر نفس القتل وما يتعلق.

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن رمى مسلماً فارتد المرمى إليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم) هو مرتد (فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة) أي لورثة المرتد.

(وقالا) أي أبويوسف ومحمد «رح» (لاشيء عليه) من الدية والقصاص. وبه قالت الأئمة الثلاثة «رح» (لأنه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئاً للرامي عن موجبه) أي عن موجب القتل سقوط عصمة نفسه (كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت) أي كما أبرأ الرامي بعد جرحه إياه حقه أي بعد انعقاد سببه وهو المرمي قبل أن يصيبه السهم كمالو أعتق المالك عبد المغصوب يصير مبرئاً الغاصب عن الضمان كذا ذكره صدر الاسلام «رح».

(وله) أي لأبي حنيفة «رح» (أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي إذ لا فعل منه بعده) وماهو كذلك(فيعتبر حالة الرمي والمرمي إليه فيها) أي في حالة الرمي(متقوم)

ولهذا يعتبر حالـــة في حق الحل حتى لا يحرم برده الرامي بعـد الرمي . وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وإن كان عمـــداً ، فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية .

ولو رمى اليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع بـه السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا . وكذا إذا رمى حربياً فأسلم لان الرمي مـــا انعقد موجبـاً للضمان لعدم تقوم المحـل فـلا ينقلب موجباً لصيرورته متقوماً بعد ذلك .

ثم استوضح ذلك بقوله (ولهذا) أي ولأجل اعتبار حالة الرمي (يعتبر حـالة الرمي في حق الحل) أي حل الصيد (حتى لا يحرم برده الرامي بعد الرمي) إيضاحه لو رمى مسلم إلى صيد قد ارتد والعياذ بالله وأصاب الصيد وهو مرتد فجرحه ومات لا يحل أكله لأن المعتبر وقت الرمي وذمة الرامي إن كان مجوسياً وكذلك إرسال الكلب على هذا التفصيل .

(وكذا في حق التكفير) يعني لو كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الاصابة (حتى جاز) أي التكفير (بعد الجرح قبل الموت) لأن الاعتبـار حالة الفعل (والفعل وإن كان عمداً) هذا جواب عما يقال إن كان ما ذكرتم صحيحاً بجميع مقدماته ،والفعل عمد فالواجب القصاص .

وأجاب بقوله : والفعل وإن كان عمداً يقع وإن وقع على جهـــة العمد والقصد (فالقود سقط للشبهة) الناشئة عن اعتبار حالة الاصابة (ووجبت الدية) أي في ماله .

(ولو رمى إليه وهو مرتد) أي الحال أنه مرتد وقت الرمي (فأسلم ثم وقع بـــه السهم فلا شي عليه في قولهم جميعاً) أي في قول أصحابنا ، وقال الشافعي وأحمد « رح » يجب عليه في المرتد، والحربى إذا أصابها الرمية بعد إسلامها الدية ، لأن الاعتبار لحـالة الاصابة . (وكذا إذا رمى حربياً فاسلم) ثم وقع به السهم لا يجب شيء (لأن الرمـي ما انعقد موجباً للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجباً لصيرورته متقوماً بعد ذلك) لأن للفعل واحد .

قـــال : وإن رمى عبـداً فاعتقه مولاه ثم وقع السهم بـه فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة. وقال محمد « رح » : عليه فضل مـــا بين قيمته مرمياً إلى غير مرمي. وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة « رح » : له أن العتق قاطع للسراية وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينقص بها قيمة المرمي اليه بالإضافة إلى مـــا قبل الرمي فيجب ذلك ولهما أنه يصير قاتلا من وقت الرمي لأن فعله الرمي وهو

فإن قلت يشكل بما إذا رمى إلى صيد الحل فدخل الحرم ثم أصابـه السهم فقتله يجب الجزاء على الرامي، قلت جزاء صيد الحرم لايختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة المحرم وإشارته.

(قال) أى قال محمد «رح» في الجامع الصغير (وإن رمى عبداً فأعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة).

فقال الشافعي وأحمد «رح» يجب عليه دية حر لورثته لأن الاعتبـــار الضمان عندهما حالة الاصابة، وبقولهما قال زفر «رح».

(وقال محمد «رح» عليه فضل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمى).

قالوا في تفسير قول محمد «رح» أنه ينظر بكم يشترى لو لم يكن ذلك الرأي، وبـــكم يشترى في تلك الحالة فيجب فصل ما بينهما بيانه أن قيمته إن كانت قبل الرمي ألف درهم وبعد الرمي ثمانمائة درهم يلزمه مائتا درهم.

(وقول أبي يوسف «رح» مع قول أبي حنيفة) روى حسن كذا قاله فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير.

(له) أى محمد «رح» (أن العتق قاطع للسراية) لاشتباه من لـه الحق لأن المستحق حال ابتداء الجناية للمولى وحال الاصابـــة للعبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء (وإذا انقطعت) أى السراية بالعتق (بقي مجرد الرمي وهو جناية ينقص بها قيمة المرمي إليه بالاضافة إلى ما قبل الرمي فيجب ذلك) أى فصل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمي.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف «رح» (ولهما أنه يصير قاتلا وقت الرمي لأن فعله الرمي وهو

مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته ، بخلاف القطع والجرح لأنه إتلاف بعض المحل ، وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب لوجب للعبدفتصير النهاية مخالفة للبداية . أمـــا الرمي قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء لأنه لا أثر له في المحل . وإنما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تتخالف البداية والنهاية ، فتجب قيمته للمولى . وزفر رحمه الله وإن كان يخالفنا في وجوب القيمة نظر إلى حالة الإصابة فالحجة عليه ماحققناه . قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع

مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته) وقت المرمى للمولى .

ألا ترى أن رجلا لو كان مولى لرجل بالموالاة فرمى رجلا ثم تحول ولاؤه إلى غيره ، فالضمان على مولاه الأول ، ولا يجب على الآخر شيء ، فكذلك هاهنا .

(بخلاف القطع والجرح) جواب عما ذكر لمحمد من صورة القطـع والجرح استشهاداً على قطع السراية فأجاب بقوله : (لأنه) أى لأن كل واحد من القطع والجرح (إتـلاف بعض المحل وأنه يوجب الضمان للمولى ، وبعد السراية لو وجب شيء يوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية) فيعتبر ذلك كتبدل المحل وعند تبدله لا تتحقق السراية كذا هاهنا.

(أما الرمي قبل الاصابة ليس بإتلاف شيء منه) أى من المرمى إليه ، (لأنـــه) الرمي (لا أثر له) أى الرمي (في المحل) لعدم إصابته إلى المحل (وإنمـا قلت الرغبات فيه فلا يجب به الضمان فلا تتخالف البداية والنهاية فيجب قيمته للمولى) بخلاف الجرح فإن هناك اتصل بالمحل ووجب الجرح للمولى في الحال وعند السرايـــة لو قلت بوجوب ضمان النفس كان ذلك للعبد الميت فخالفت النهاية البداية . فكذلك قطع العتق السرايه .

(وزفر «رح» وإن كان يخالفنا في وجوب القيمة نظر إلى حالة الاصابة) وهو الجرح في تلك الحالة فتجب الدية عنده لا القيمة . (فالحجة عليه) أى على زفر (ما حققناه) أراد به قوله من الدلائل لاصحابنا الثلاثة .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجـع

أحد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي لأن المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها. وإذا رمى المجوسي صيداً ثم أسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل ، وإن رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله أكل لأن المعتبر حال الرمي في حق الحل والحرمة إذ الرمي هو الزكاة فتعتبر الأهلية وانسلابها عنده ، ولو رمى المحرم صيـــداً ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وإن رمى حال صيداً ثم أحرم فلا شيء عليه لأن الضمان إنما يجب بالتعدي وهو رميـــه في حالة الإحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي،وفي الثاني حال فلهذا افترقا والله أعلم.

أحد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي لأن المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها) أي في حالة الرمي هكذا هو عند أبي حنيفة ، ولكن يجب الضمان على الراجع إن رجعوا جميعاً يجب عليهم الدية ، وإن رجع واحـــد ترجع الدية ، وأما عندهما فلأن هذا الفعل لما وقع هدراً لم ينقلب معتبراً لان الاصل عندهما أنه إذا وقع معتبراً ثم طلب عصمته يبطل الضمان ، وإذا وقع هدراً ثم صار متقوماً لا ينقلب معتبراً .

(وإذا رمى المجوسي صيداً ثم أسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل وإن رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله أكل ، لأن المعتبر حال الرمى في حق الحل والحرمة إذ الرمى هـو الذكاة فتعتبر الأهلية وانسلابها) أي سقوط الأهلية (عنده) أي عند الرمي (ولو رمى المحرم صيداً ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء ، وإن رمى حال صيداً ثم أحرم فلا شيء عليه لأن الضمان إنما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الأول) وهو رمي المحرم صيداً (هو محرم وقت الرمى وفي الثاني) وهو رميه حلالاً هو (حال فلهذا افترقا) أي الوجهان بالتعليل المذكور وفي هذا الفعل اعتبر حالة الرمي بالإجماع .

* * *

كتاب الديات

قال: وفي شبه العمدية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل ، وقد بيناه في أول الجنايات . قال : وكفارته عتق رقبة مؤمنة ، لقوله تعالى: ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ الآية .

(كتاب الديات)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الديات ، وهي جمع دية ، وأصلها ودية ، لأنها من وديت القتيل أديه دية إذا أعطيت ديته . وحذفت الواو تبعاً ليدي لأن أصله يودي ، فحذفت الواو منه لوقوعها بين الكسرة والياء ، كما في يعدي ونحوه . ولما حذفت الواو من ودية عوضت عنها الهاء كما في عدة ونحوها . وإذا أمرت منه قلت : ديا ، دوا .

وأما الدية إسم لضمان تجب بمقابلة الآدمي أو طرف منه ، سمي بها لأنها يودى عادة لأنهقدر مايجري فيه العفو العظيم حرمة الآدمي . ولم يسم قيمته لأن قيمة إسم لما يقام مقام النائب . وفي قيامه مقام الفائت قصوراً لعدم المماثلة بينهما وضمان المال سمي قيمة ، ولا يسمى دية ، لأن معنى القيام فيه أكمل لوجود المماثلة المطلقة .

وأما وجه المناسبة في ذكر الديات بعد الجنايات ، فطالما أن الدية إحدى موجبي الجناية لدفع الشر وعين الصيانة ، لكن القصاص أشد صيانة تقدم .

(قال) أي القدوري (وفي شبه العمدية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في أول الجناية) وهي الكلام فيه مستوفياً .

(قال) أي القدوري (وكفارته) أي كفارة شبه العمد (عتق رقبة مؤمنة لقوله عز وجل : ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ الآية .) وشرط الإيمان في كفارة القتل دون سائر

﴿فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ . بهذا النص ولا يجزىء فيه الإطعام لانه لم يرد بـــه نص ، والمقادير تعرف بالتوقيف ، ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء ، أو لكونه كـــل المذكور على ما عرف ، ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم لأنه مسلم به ،

الكفارات لأنه منصوص عليه بالآية المذكورة ، وإن كان ورد في الخطأ ، ولكن لما كان شبه فيه معنى الخطأ ثبت فيه حكم الخطأ (﴿ فإن لم يجد ﴾) أي فإن لم يقدر على إعتاق الرقبة المؤمنة (﴿ فصيام شهرين متتابعين ﴾) أي فعليه صوم شهرين على التتابع .

(بهذا النص) أي النص المذكور (ولا يجزىء فيه) أي في شبه العمد (الإطعام لأنه لم يرد فيه نص) قال الشافعي في قول مالك وأحمد في رواية ، وقال الشافعي في قـــول وأحمد في رواية :فإن لم يقدر على الصيام يجب إطعام ستين مسكيناً عند عدمها(والمقادير) أي المقدرات الشرعية (تعرف بالتوقيف) على ورود النص بخلاف كفارة اليمين وكفارة الظهار وكفارة الصوم ، فإن النص ورد فيها بالإطعام ، ولأن استدلاله من الآيــة بوجهين أحدهما هو قوله :

(ولأنه) أي ولأن النص (جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء) بيانه أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء ، إذ لو لم يكن كذلك للقياس ، فلا يعلم أنه هو نحو الجزاء ، وبقي منه شيء ومثله محل. ألا ترى أنه لو قال إن رمت الدار فأنت طالق، وفي نية أن يقول : وزينب طالق وعبده حر .

ولكن لم يقله يحمله قوله: فأنت طالق جزاء كاملا من غير أن يقدر فيه وزينب طالق أيضاً ، وعبدي حر أيضاً .

الوجه الثاني هو قوله (أو لكونه) أي لكون الصيام (كل المذكور) لا غـير (على ما عرف) يعني في أصول الفقه .

(ويجزيه) أى يجزي الذي عليه عتق رقبة اعتاق(رضيع أحد أبويه مسلم) قيد به لأنه لو كانا كافرين لم يجزه (لأنه) أى لأن الرضيع (مسلم به) أى بأحد أبويه لأن شرط هذا

والظاهر سلامة أطرافه ، ولا يجزىء ما في البطن لأنه لم تعرف حياته ولا سلامته . قال : وهو الكفارة في الخطأ لما تلوناه ، وديته عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الإبل أرباعاً : خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ،

الإعتاق الإسلام وسلامة الأطراف، والأول يحصل بإسلام أحد الأبوين ، والثاني بالظاهر، وأشار إليه بقوله (والظاهر سلامة أطرافه) أي أطراف الصغير، لان الاصل هو السلامة.

وتأويل المسألة أنه أعتق ، ثم عاش حتى ظهرت سلامة أعضائه وأطرافه حتى أنه لو مات قبل أن يظهر ذلك لم تتأد به الكفارة .

كذا قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير .

(ولا يجزي)أي لا يجزىء اعتاق(ما في البطن لانه لم يعرف حياته ولا سلامته)ظاهر.

(قال) المصنف : (وهو الكفارة) أي تحرير رقبة مؤمنة هو الكفارة .

(في الخطأ لما تلوناه) وهو قوله تعالى ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ .

(وديته) أي ودية شبه العمد (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) كذا في نسخة شيخ العلاء « أبي يوسف » مذكور مع أبي حنيفة. وفي الهداية فقال الاترازي وغيرة لم يذكر أبو يوسف سهو القلم عن صاحب الهداية أو عن الكاتب . وقال الكافي : الإقتصار على قول أبي حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب من المباسيط والجوامع والاسرار والايضاح، فان المذكور فيها عن أبي حنيفة وأبي يوسف . وثبت في بعض النسخ عند أبى حنيفة وأبي يوسف موافقاً لعامة الروايات .

(مائة من الابل أرباعاً) أي من حيث الارباع ، وبين ذلك بقوله : (خمس وعشرون بنت مخاض) بنت منصوب لانه مميز أحد عشر إلى تسعة وتسعين يجيء منصوباً . وبنت مخاض هي التي طعنت في السنة الثانية . سميت بها لان أمها صارت ذات مخاض باخرى .

(وخمس وعشرون بنت لبون) وهي التي طعنت في السنة الثالثة، سميت بها لان أمها تلد أخرى ، ولبون : ذات لبن .

وخمس وعشرون حقــــة ، وخمس وعشرون جذعة . وقال محمد والشافعي أثلاثاً : ثلاثون جذعة وثلاثون حقـــة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها ، لقوله عليه السلام : « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا ، وفيه مائـــة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها » وعن عمر وزيد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة. ولأن دية شبه العمد أغلظ، وذلك فيما قلنا، ولما قوله عليه السلام:

(وخمس وعشرون حقة) وهي التي طعنت في السنة الرابعة، وحق لها أن تركب وتحمل.

(وخمس وعشرون جذعة) وهي التي طعنت في السنة الخامسة ، سميت بـه لمعنى في أسنانها يعرفه أرباب الابل ، وهي أكبر سن يؤخذ في الزكاة .

(وقال محمد والشافعي أثلاثاً : ثلاثون جذعة ، وثلاثون حقة ، وأربعون ثنية) وهي التي طعنت في السادسة ، والذكر ثني . (كلها) أي كل الثنايا (خلفات) جمع خلفـــة وهي الحامل من النوق . (في بطونها أولادها) صفة كامله قاله الاكمل .

وقال السكاكي : الخلفة الحامل من النوق وجمعها مخاض من غير لفظها ، وقد يقـــال خلفات . فعلى هذا التفسير يكون قوله في بطونها أولادها صفة مقدرة، كما في قوله ﷺ « ما ألقته الفرائض فلاول رجل ذكر » وبقول محمد رحمه الله قال أحمد في رواية وبقول أبي حنيفة قال مالك وأحمد في رواية ، وهو قول الزهري وربيعـــة وسليمان بن يسار (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا فيـه مائة من الابل أربعون منها في بطونها أولادها ، وعن عمر وزيد ثلاثون حقـــة وثلاثون جذعة) هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة ، وقد تقدم في الجنايات .

(ولان دية شبه العمد أغلظ وذلك فيما قلنا) يعني أغلظ من حرمة الخطأ المحض ، فان الابل يجب فيه أخماساً ، وذلك أي كونه أغلظ من دية الخطأ المحض لاننا نقول أثلاثاً ، وأنتم تقولون أرباعاً .

(ولهما) أي لابى حنيفة وأبي يوسف (قوله ﷺ) أي قول النبي ﷺ (في نفس

« في نفس المؤمن مائة من الإبل » وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ ،وابن مسعود قال بالتغليظ أرباعاً كما ذكرنا ،

المؤمن مائة من الإبل) تقدم في الزكاة في كتاب عمرو بن حزم قال: وأن في نفس المؤمن مائة من الابل في الزكاة ، ورواه إبن حبان في صحيحه . ووجه الاستدلال به أن الثابت عنه ﷺ هذا وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ (وما روياه) أي محمد والشافعي (غير ثابت) احتج المصنف على عدم ثبوت هذا الحديث بقوله : (لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ) فإن عمر وزيد والمغيرة بن شعبة وأبا موسى الاشعري قالوا مثل ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف (وإبن مسعود) أى وعبد الله بن مسعود (قال بالتغليظ أرباعاً كما ذكرنا) يعني أرباعاً . وأخرج حديثه أبو داود عن علقمة والاسود قال : قال عبد الله في شبه العمد خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنات لبون وخمس وعشرون بنات مخاض . وسكت عنه أبو داود ثم المنذري بعده .

وروى مرفوعاً أخرجه الاربعة عن حجاج بن أرطاة عن زيد بن جبير عن خشف بن مالك الطبائي عن عبد الله بن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنو مخاض ذكر.

قال الترمذى لا يعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه . وقد روى عن عبد الله موقوفاً .

وقال الدارقطنى: هذا حديث ضعيف غير ثابت عن أهل المعرفة بالحديث من وجوه:

الاول أنه مخالف لما رواه إبن عبيدة بن عبيد الله بن مسعود عن أبيه بالسند الصحيح أنه قال : دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنات لبون وعشرون بنو لبون ولم يذكر فيه بني مخاض .

الثاني أن خشف بن مالك مجهول لم يروه عنه إلا زيد بن جبير بن جريد الجسمي . وأهل العلم بالحديث لا يحتجون بما ينفرد بروايته رجل غير معروف .

والثالث أنه روي عن أحمد أن خبر خشف بن مالك لا يعلم أحد رواه زيد بن جبير إلا الحجاج بن أرطاة ، وهو رجل مشهور بالتدليس . وقال إبن الجوزى في التحقيق :أبو عبيدة لم يسمع من أبيه ، فكيف جاز الدارقطنى أن يسقط ذكر هذا . وخشف وثقه

وهو كالمرفوع فيعارض . قال : ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة لأن التوقيف فيه ، فإن قضى في الدية بغير الإبل لم يتغلظ لما قلنا

قال : وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة ، والكفارة على القاتل

النسائي وابن حبان وزيد بن جبير وثقه ابن معين وغيره ، وأخرجا له في الصحيحين .

(وهو) أي الذى قال ابن مسعود (كالمرفوع) لأن الرأى لا مدخل له في المقادير (فيعارض) ما رويناه (به) أى بقول ابن مسعود ، فإذا تعارضا كان الأخذ بالمتيقن أولى .

ثم على قول محمد والشافعي: لو اختلف في حملها يرجع إلى أهل الخبرة كما يرجع في حمل المرأة إلى قول القوابل . ولو اختلف الولي والجاني بعد أخذ قول أهل الخبرة فقال الولي: لم يكن حوامل ، وقال الجاني : ولدت عندك ، فالقول للجاني ، وإن أخذنا بغير قولهم فالقول للولي .

(قال) أى القدورى (ولا يثبت التغليظ إلا في الابل خاصة) يعني لا يزاد في الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم وألف دينار .

وقال الثورى والحسن بن صالح فيغلظ في النوعين الآخرين أى الدراهم والدنانير بأن ينظر إلى قيمة أسنان الابل في دية الخطأ فما زاد على أسنان دية الخطأ زاد على عشرة آلاف درهم إن كان الرجل من أهل الورق ، وإن كان من أهل الذهب .

ونحن قلنا بما ذكر في الكتاب وهو أن التغليظ في الابل ثبت توقيفاً ولا يثبت في غيره قياساً . (لأن التوقيف فيه) أى لأن الشرع ورد فيه ، وعليه الاجماع والمقدرات لا نعرف إلا سماعاً فلم تتغلظ بغيره حتى لو قضى القاضي به لا ينفذ قضاؤه .

(فإن قضى بالدية في غير الابل لم يتلغظ لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن التوقيف منه .

(قال) أى القدورى (وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل) وبه قال الشافعي وأحمد في الظاهر ، وهو قول الثورى واسحق والنخعي والحكم وحماد والشعبي. وقال ابن سيرين وابن شبرمة وأبو ثور وقتادة والزهري والحارث النقاشي وأحمد في رواية : على القاتل .

لما بينا من قبل . قال : والدية في الخطأ مائة من الإبل أخماساً عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة ، وهذا قول ابن مسعود وإنما أخذنا نحن والشافعي به لروايته ان النبي ﷺ قضى في قتيل قتل خطأ أخماساً على نحو ما قال ، ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ ، لأن الخاطىء معذور .

وهكذا يجب أن يكون قول مالك لأن شبه العمد عنده من باب العمد (لما بينا من قبل) يعني في أول كتاب الجنايات .

(قال) أى قال القدورى (والدية في الخطأ مائة من الابل أخماساً) قيل هو منصوب باضمار « كان » وقال الأكمل يجوز أن يكون حالاً من الضمير الذى في قوله « في الخطأ » قالت : يحمل أن يكون تميزاً على ما لا يخفى .

(عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة . وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضى الله عنه) .

أجمعت الصحابة على المائة ولكنهم اختلفوا في سنها : خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون إبن لبون وخمس وعشرون إبنة مخاض .

وقال عثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهما في دية الخطأ ثلاثون جذعة وثلاثون بنات لبون وعشرون بنو لبون وعشرون بنات مخاض ذكر . ذكر ذلك كله أبو يوسف في كتاب الخراج .

(وإنما أخذنا نحن والشافعي به) أى بقول إبن مسعود (لروايته) أى لرواية ابن مسعود (ان النبي ﷺ قضى في قتيل قتل خطأ أخماساً على نحو ما قال) قد ذكرنا هذا عن الاربعة أصحاب السنن عن قريب . ولفظ النسائي وابن ماجة بلفظ المصنف على نحو ما قال ابن مسعود .

(ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ ، لان الخاطىء معذور) فيعذر في فعله . ولهذا لا تجب الدية الخطأ إلا على العاقلة .

غير ان الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض . والحجة عليه ما رويناه . قال : ومن العين ألف دينـــار ومن الورق عشرة آلاف درهم . وقال الشافعي : من الورق اثنا عشر ألفاً لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قضى بذلك .

(غير أن عند الشافعي) استثناء من قوله أخذنا نحن والشافعي به. (يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ، والحجة عليه) أي على الشافعي . (ما ذكرناه) من قول ابن مسعود رضي الله عنه وقضاه رسول الله ﷺ .

(قال) أي القدوري (ومن العين) إن دية الخطأ من الذهب (ألف دينار ومـــن الورق) أي الفضة (عشرة آلاف درهم ، وقال الشافعي: من الورق اثنا عشر ألفاً)وبه قال مالك وأحمد وإسحاق (لـمـــا روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قضى بذلك) أي باثني عشر ألفاً . خرج هذا أصحاب السنن الاربعة عن محمد بن مسلم عـــن عروة بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلاً من بني عـدى قتل فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفاً .

وقال أبو داود رواه ابن عيينة عن عكرمة ، ولم يذكر ابن عباس .

وقال الترمذي : لا نعلم أحداً يذكر في هذا الاسناد إبن عباس رضي الله عنهما غير محمد ابن مسلم أخبرنا سعيد بن عبد الرحمن عن سفيان عن عمر عن عكرمة عن النبي ﷺ نحوه.

ورواه النسائي أخبرنا محمد بن ميمون المكي عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عكرمة سمعناه مرة يقول عن ابن عباس أن النبي ﷺ قضى باثني عشر ألفاً في الدية . قال محمد إبن ميمون ليس بقوى ، وكذا رواه الدارقطني في سننه قال أبو حـاتم : كان محمد بن ميمون أبو عبد الملكي الخياط أميناً نبيلا . وذكره إبن حبان في الثقات ، قال : وربما وهم . وقال النسائي صالح . ومحمد بن مسلم هذا الطائفي أخرج له البخارى في المتابعـة ومسلم في الاستشهاد وضعفه أحمد . وقال النسائي الصواب أنـــه مرسل ، وقال ابن حبان المرسل أصح .

ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم. وتأويل ما روى أنـــه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك

(ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قضى بالديـة في قتيل بعشرة آلاف درهم) هذا الحديث غريب . وروى محمد بن الحسن في كتاب الآثار وقال: أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم عن عامر الشعبي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : على أهل الورق من الدية عشرة آلاف درهم ، وعلى أهل الذهب ألف دينار .

وجه الاستدلال به أن عمر رضي الله عنه قضى بذلك بمحضر من الصحابة « رض » من غير نكير ، فحل بمحل الاجماع .

(وتأويل ما روى) أي الشافعي (أنه قضى من دراهم كان وزنهـا وزن ستة) أي أي وزن ستة مثاقيل . فإن في ابتداء عهد رسول الله ﷺ كان وزن الدراهم وزن ستة ، ثم صار وزن سبعة . (وقد كانت) أي الدراهم . (كذلك) أي وزن ستة إلى عهد عمر رضي الله عنه ، ثم صار وزن سبعة كما ذكرنا .

وقال تاج الشريعة : وتأويل ما روى أنه أوجب اثني عشر محمول على أنـه أوجب من دراهم كانت توزن ستة واثني عشر بوزن ستة تبلغ عشرة آلاف بوزن سبعة .

والدليل على صحة ما ذكرنا من التأويل ما روي عن عثمان رضي الله عنه أنـه أوجب في دية القتيل اثني عشر ألفاً . وكانت الدراهم يومئذ وزن خمسة أو ستة .

فإن قيل إثنا عشر بوزن الستة يكون أكـثر من عشرة آلاف فكيف يفيد هـــذا التأويل الجواب ؟

إن شيخ الإسلام قال في مبسوطه: يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الأشياء إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريباً ، فإن قيل : احتج الشافعي ومن معه بما روى يزيد الرقاشي عليه السلام قال: لئن أحبس مع قوم يذكرون الله بعد صلاة العصر إلى أن تغيب الشمس أحب إلي من أن أعتق ثمانية من ولد اسماعيل عليه السلام دية كل واحد منهم إثنا عشر ألفاً .

قال : ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة . وقالا : منها من البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألف شاة ، ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان ، لأن عمر رضي الله عنـــه هكذا جعل على أهل كل مال منها ، وله أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية ،

وعن الحسن رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ من قرأ بخمسماية إلى الغايـــة أصبح وله قنطار في الآخرة ، والقنطار دية أحدكم إثنا عشر ألف درهم .

وأجيب بأن حديث الرقاشي ضعيف عند الثقات ، وحديث الحسن مرسل ، والعجب من الشافعي أنه لا يعمل بالمرسل ثم يحتج به .

(قال) أي القدوري (ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة) وهي الإبـــل والذهب والفضة (عند أبي حنيفة) وبه قال أحمد والشافعي ، وقال السكاكي : اختلف العلماء في الأصل في الدية ، فقال الشافعي وأحمد في رواية محمد بن المنذر : الإبـــل فقط فتجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت .

(وقالا) أي أبو يوسف ومحمد (منها) أي من هـــذه الثلاثه . (من البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألف شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) وبه قال أحمد في روايـــة وقال الكرخي في مختصره : والحلة ثوبان إزار ورداء والإزار المئزر ، وقيل في زمـــاننا قميص وسراويل . وقال الإمام الأسبيجابي قيمة كل حلة خمسون درهماً وقيمة كل بقرة خمسون درهماً وقيمة كل شاة خمسة دراهم (لأن عمر رضي الله تعالى عنه هكذا جعل على أهـــل كل مال منها) أي من المذكورة .

وروى أبو يوسف في كتاب الخراج وقال : حدثنا ابن أبي ليلى عـــن الشعبي رضي الله عنه عن عبيدة السلمان قال وضع قال عمر بن الخطاب رضي الله عنـــه : على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف وعلى أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائة بقرة وعلى أهل الشاة ألف شاة وعلى أهل الحلل مائتا حلة .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية وهـــذه الأشياء

وهذه الأشياء مجهولة المالية ، ولهذا لا يقدر بهـــا ضمان ، والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة عدمناها في غيرها . وذكر في المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز ، وهذا آية التقدير بذلك . ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف ، وقيل هو قولهما

مجهولة المالية) وأوضح ذلك بقوله : (ولهذا لا يقدر بهـــا ضمان) أي ضمان العدوان . وفائدة هذا الخلاف في اختيار القاتل ، فعند أبي حنيفة فله الخيار من أنواع الثلاثة .

وفي الصلح فإن عنده يجوز الصلح على أكثر من مائتي بقرة في رواية ، وفي روايــــة لا يجوز ، كقولهما : كما لو صالح على أكثر من مائة من الإبل وألف دينار .

(والتقدير بالإبل) جواب عما يقال : فالإبل كـــذلك . وتقرير الجواب أن التقدير بالإبل ليس كذلك لأنه (عرف بالآثار المشهورة) كما ذكرت فيما مضى . (عدمناها في غيرها) أي عدمها بالآثار المشهورة في غير الإبل .

(وذكر في المعاقل) أي ذكر محمد في كتاب معاقل المبسوط ، ورد هــذا شبهة على ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله من قوله : ولا تثبت الدية إلا من هذه الأمور الثلاثـــة ووجه وروده أن محمداً ذكر في المعاقل (أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك) أي وهذا الصلح علامـــة التقدير بذلك . وأجاب بوجهين أحدهما هو قوله (ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف) أي قوله لا يجـــوز الصلح على الزيادة قـــول الكل لأنه ذكر في المعاقل أن الولي لو صالح على أكثر من مائة فالفضل باطل بالاجماع .

وقال الأكمل وذكر الجواب على وجهين :

أحدهما تقدير الشبهة ورفع الخلاف . ولا أرى صحته لأنه يناقض رواية كتاب الديات.

الوجه الثاني : هو قوله (وقيل هو قولهما) أي ما ذكر في كتاب المعاقل قولهما .

أما عند أبي حنيفة فينبغي أن يجوز الصلح على أكثر من ذلك وإليه ذهب شيـــخ الاسلام علاء الدين الأسبيجابي في شرح الكافي .

قال : ودية المرأة النصف من دية الرجل ، وقـــد ورد هذا اللفظ موقوفاً على علي رضي الله عنه ، ومرفوعاً إلى النبي ﷺ وقـــال الشافعي : ما دون الثلث لا يتنصف

وقال تاج الشريعة : فكان الخلاف ثابتاً . وقال الأكمل : والوجه الثاني برفع الشبهـة بحمله رواية المعاقل على أنه قولها ، وحمل بعض مشايخنا على أن المسألة عنده روايتان .

(قال) أي محمد في الأصل ، ولم يذكر في الجامع ولا ذكره القدوري رحمـــه الله .

(ودية المرأة على النصف من دية الرجل) وقال ابن عبد البر وابن المنذر أجمع أهل العلم على أن ديتها نصف دية الرجل .

وحكى غيرهما عن إبن علية والأصم أنهما قالا هما سواء (وقد ورد هذا اللفظ) أي قوله دية المرأة على النصف من دية الرجل (موقوفاً على علي رضي الله تعالى عنه ومرفوعاً إلى النبي ﷺ) أما الموقوف فأخرجه البيهقي عن ابراهيم النخعي عـن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه قال : عقل المرأة على النصف من عقل الرجل في النفس وفيما دونها .

قلت : هـــذا منقطع لأن ابراهيم لم يحدث عن أحد من الصحابة مع أنه أدرك جماعـــة منهم .

وأما المرفوع فأخرجه البيهقي أيضـاً عن معاذ بن جبل رضي الله تعالى عنه قال : قال رسول الله ﷺ « دية المرأة على النصف من دية الرجل » .

(وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف) يعني إذا كان جناية أرشها مادون الثلث لا تنصف وفي غيره تنصف . وقال السكاكي رحمـــه الله . وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف وكذلك الثلث قاله في القديم وبه قال مالك وأحمد وهو قول الفقهاء السبعـة وابن المسيب وعمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير والزهري وقتادة والأعرج وربيعة ، وهكذا روي عن عمر وإبنه وزيد بن ثابت .

وعندنا والشافعي رحمه الله في ظاهر مذهبه واختاره ابن المنذر وأبو ثور على التنصيف فيما قل وكثر ، وبه قال الثوري والليث وابن أبي ليلى وابن شبرمـــة وابن سيرين وفي

وإمامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه ، والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل وقد ظهر أثر النقصان في التنصيف في النفس، فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بها . وبالثلث وما فوقه ، قال : ودية المسلم والذمي سواء ،

النهاية . والصواب أن يقال : الثلث وما دونه لا يتنصف عند الشافعي رحمه الله في القديم كما ذكرنا .

(وإمامه فيه) أي إمام الشافعي في هذا (زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه) .

أخرجه البيهقي عن الشعبي عن زيد بن ثابت قال : جراحات الرجال والنساء سواء إلى الثلث ، فما زاد فعلى النصف . وهو منقطع .

وذكر السكاكي في حجة الشافعي ما روى عن عمر رضي الله عنه ابن شيبة عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ « عقل المرأة عقل الرجل حتى تبلغ الثلث من ديتها » أخرجه النسائي. قلت :هذا رواه النسائي وفي اسناده اسماعيل بن عياش عن إبن جريج.

قال صاحب التنقيح : ابن جريج حجازي واسماعيل بن عياش ضعيف في رواية الحجازيين .

(والحجة عليه) أي على الشافعي (ما رويناه بعمومه) أشار به إلى قوله:وقد روي بهذا اللفظ موقوفاً عن علي رضي الله تعالى عنه ومرفوعاً (ولأن حالها أنقص من حال الرجل) قال الله تعالى ﴿ وللرجال عليهن درجة ﴾ (ومنفعتها أقل) لأنها لاتتمكن من التزوج ما دامت زوجت لرجل .

(وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بها) أي بالنفس (وبالثلث وما فوقه) أي اعتباراً بتنصيف الثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة الفرع للأصل .

(قال) أي القدوري (ودية المسلم والذمي سواء) وقال الكرخي في مختصره المسلم والذمي الكتابي وغير الكتابي والحربي المستأمن وكل من كانت نفسه محظورة فالقدر دياتهم سواء .وفي

وقال الشافعي ودية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم، ودية المجوسي ثمانمائة درهم.وقال مالك: دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام : عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفاً . وللشافعي ما روي ان النبي ﷺ جعل دية النصراني واليهودي أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم، ولنا قوله عليه السلام : دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار

الاثات في جميعهن على النصف مما يجب في المذكور .

(وقال الشافعي : دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم) وبه قال أحمد ، وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وعكرمة وعمرو بن دينار وإسحاق وأبو ثور ، وروي عن عمر وعثمان أيضاً .

(وقال مالك : دية اليهودي والنصرانى ستة آلاف درهم) وبه قال عمر بن عبد العزيز وعروة وعمرو بن شعيب (لقوله عليه السلام) أي لقول النبى ﷺ (عقل الكافر نصف عقل المسلم) هذا الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال: دية المعاهد نصف دية المسلم، هذا لفظ أبي داود، ولفظ الترمذي : دية عقل الكافر نصف عقل المسلم،وقال حديث حسن . ولفظ النسائي عقل أهل الذمة نصف عقل المسلمين ، وهم اليهود والنصارى .

(والكل عنده إثنا عشر ألفاً) أي كل الدية عند مالك إثنا عشر ألف درهم .فلذلك قال : دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم .

(وللشافعي ما روى أن النبي ﷺ جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم) هذا ذكره عبد الرزاق في مصنفه . أخبرنا ابن جريج أخبرني عمر وسفيان أن رسول الله ﷺ فرض على كل مسلم قتل رجلاً من أهل الكتاب أربعة آلاف . لفظ أحد من أهل التخريج وقع هذا مفصلاً .

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار)

وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما ، ومـــا رواه الشافعي لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث ، وما رويناه أشهر مما رواه مالك فإنه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم .

هذا أخرجه أبو داود في المراسيل عن سعيد بن المسيب قال : قال رسول الله ﷺ « دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار » ووافقه الشافعي في مسنده على سعيد قال : أخـبرنا محمد بن الحسن الشيباني ، أخبرنا محمد بن زيد ، أخبرنا سفيـــان بن حسين عن الزهيري عن سعيد بن المسيب قال : دية كل معاهد في عهده ألف دينار .

(وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما) روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار وقال أخبرنا أبوحنيفة عن الهيثم بن أبي الهيثم أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمروعثمان رضي الله عنهم قالوا : دية المعاهد دية الحر المسلم . قال محمد : وبهذا قالوا .

(وما رواه الشافعي لم يعرف له راويه ولم يـذكر في كتب الحديث) وفيه نظر لأنا ذكرنا عن عبد الرزاق أخرجه ورواه الدارقطني في سننه وأراد أن رسول الله ﷺ جعل عقد أهل الكتاب من اليهود والنصارى على النصف من عقل المسلمين (وما رويناه) وهو قوله ﷺ « وكل ذي عهد في عهده ألف دينار » (أشهر مما رواه مالك) وهو قوله : عقل الكافر نصف عقل المسلم (فإنه) أي فإن الذي رويناه (ظهر به عمل الصحابـة رضي الله عنهم) وقد ذكرنا عن محمد عن أبي حنيفـة عن الهيثم عن أبي الهيثم أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر وعثمان قالوا : دية المعاهد دية الحر المسلم .

وروى عبد الرزاق في مصنفه عن مجاهد عن ابن مسعود قال : دية المعاهـــد مثل دية المسلم . وقال ذلك علي رضي الله عنه أيضاً .

وروى عبد الرزاق أخبرنا أبو حنيفة عن الحكم بن عقبة عن علي رضي الله عنه قال : دية كل ذمي مثل دية المسلم . قال أبو حنيفة هو قولي .

وروى عبد الرزاق أيضاً عن ابن جريج عن يعقوب بن عتبـــة واسماعيل بن محمد وصالح قالوا : عقل كل معاهد من أهل الكفر كعقل المسلمين ، جرت بذلك السنـــة في أهل رسول الله ﷺ .

فصل فيما دون النفس

قال: في النفس الدية وقد ذكرناه. قال: وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية. والأصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال: في النفس الدية

(فصل)

أي هذا فصل في بيان الأحكام (فيما دون النفس) وأعقب ذكر النفس بذكر ما هو تبع لها وهو ما دون النفس.

(قال) أي القدوري (في النفس الدية) أي تجب الدية في النفس بسبب إتلافها كما يقال في النكاح حل وكلمة في يجيء النظر فيه فيما كان معناه الإحتواء ومعنى على في ما كان معناه الإستعلاء لقوله: في جذوع النخل. ومعنى السببية كقوله ﷺ في أربعين شاة وهو قليل نادر (وقد ذكرناه) أي في أول الجنايات بقوله: والدية متغلظة على القاتل.

(قال) أي القدوري (وفي المارن الدية) وهو قصبة الأنف (وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية) أي وتجب كما ذكرنا.

والأصل أن ما في الإنسان من الأعضاء إن كان واحداً ففيه الدية كاملة، وإن كان اثنين فيهما الدية وفي إحداهما نصف الدية، وإن كان أربعة ففيها الدية وفي أحدها ربع الدية، وإن كان عشرة ففيها الديه وفي أحد الدية. وما فوت جنس المنفعة ففيه الدية لأن بفواته يفوت الآدمي من وجه ذكره في المبسوط، ولا نعلم فيه خلاف.

وذكر الكرخي في مختصره الأعضاء التي يجب بكل عضو فيها دية هي ثلاثة أعضاء: اللسان والانف والذكر. فإذا استوعب الانف جذعاً أو قطع منه المارن وحده وهو مالان من الانف عن العظم ففيه الدية كاملة. وكذلك إذا ستوعب اللسان أو قطع منه ما يذهب بالكلام كله. وكذلك الذكر إذا استوعب أو لم يستوعب بالكلام أي أو قطع الحشفة وحدها ففيه الديه (والاصل فيه) أي في هذا الباب (ما روى سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية) هذا غريب.

وفي اللسان الديـــة وفي المارن الدية . وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم رضي الله عنه . والأصل في الأطراف انه إذا فوت جنس منفعـــة على الكمال أو أزال جمالاً مقصوداً في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالإتلاف ، ومن كل وجه تعظيماً للآدمي

(وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم) .

هذا أخرجه النسائي في سننه وأبو داود في مراسيله عن سليمان بن أرقم عن الزهري عن أبي بكر بن محمد بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب كتابـــاً إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وبعث بـــه مع عمرو بن حزم المكنى أبا الضحاك استعمله رسول الله ﷺ على نجران اليمن وهو يومئذ ابن سبع عشرة سنة وتوفي رسول الله ﷺ وهو على نجران ، وبقي إلى أن أدرك بيعة معاوية بن أبي سفيان لإبنه يزيـد . ومـات بعد ذلك بالمدينة .

(والأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالاً مقصوداً في الآدمي على الكمال) قيد بالكمال فيهما احترازاً مما ليس بكامل منهما حيث لا يجب كل الدية . فإن كان بفوت عضواً مقصوداً كقطع لسان أخرس فإنه لا تجب فيه الدية لأنه لم يفت جنس منفعته ولا فوت جمالاً على الكمال . ذكره في الذخيرة .

وكذلك في آلة الخصي والعنين واليد الشلاء والرجل العرجـاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في العبد ولا في الدية في الخطأ وإنما فيه حكومة عدل . فإن قيل : يشكل على قوله فوت جمالاً على الكمال كما لو سلخ جلد الوجه فإنه لا يجب كمال الدية وقد فوت جمالاً على الكمال ، قلنا : ذكر شيخ الإسلام في شرحه لا رواية في هذا ولكن مذهبنا وجوب الدية فإن قيل يشكل بما لو قطع الأظفار حيث لا تجب الدية وقـد فوت الجمال على الكمال قلت لا رواية في هذا ، فقد اختلف المشايخ فيه .

(يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه ، وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي)

أصله قضاء رسول الله بالدية كلها في اللسان والأنف ، وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة ، فنقول في الأنف الدية لأنـه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود ، وكـذا إذا قطع المارن أو الأرنبة لما ذكرنا ، ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحـدة لأنـه عضو واحد ، وكـذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق ، وكذا في قطـع بعضه إذا منـع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وإن كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف ، قيل يقسم على عدد الحروف

والشرع ألحق الإتلاف من وجـه بالإتلاف من كل وجه (أصله قضاء رسول الله ﷺ) أي حكمه عرفنا هذا لقضاء رسول الله ﷺ (بالدية كلها في اللسان والأنف) فقسنا غيره عليه.

(وعلى هذا) أي على هذا الأصل (ينسحب فروع كثيرة) بين منهـا بقوله (فنقول في الأنف الدية لأنه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود) لأنه يعني مطلوب في الآدمي سواء قطع المارن دون القصبة أو قطع الأرنبة ، ولو قطعهما لا يزاد على دية واحـدة لأنهما عضو واحد (وكذا إذا قطع المارن أو الأرنبة) أي أو قطع الأرنبة (لما ذكرنا) وهـو قوله : وقد فوت الجمال على الكمال . وقال الشافعي : في المارن الدية وفي القصبة حكومة عدل. (ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لأنه عضو واحد)وقد ذكرناه ، لو قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان لأن الشم في غير الأنف ، فلا يدخل أحدهمـا إلى الآخر ، كالسمع مع الأذن (وكذا اللسان) يعني فيه الدية بلا خلاف لاحد (لفوات منفعة مقصوده وهو النطق) والتكلم ، والآدمي لا يفارق بهيمته إلا بالنطق . (وكـذا في قطع بعضه) يعني قيمة الديـة . (إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة ، وإن كانت الآلة قائمة) ، لأن الدية تجب بتفويت البعض فتجب الدية كاملة (ولو قـدر على التكلم ببعض الحروف) اختلف المشايخ فيه . (قيل يقسم) الديـة (على عدد الحروف) أي

وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر ما لا يقدر يجب ، وقيل ان قدر على أداء أكثرها يجب حكومة عدل لحصول الإفهام مع الإختلاف وإن عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لأن الظاهر انه لا تحصل منفعة الكلام ، وكذا الذكر لأنه يفوت به منفعة الوطء والإيلاد واستمساك البول والرمي به ودفق المـاء والإيلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة ، وكذا في الحشفة الدية كاملة لأن الحشفة أصل في منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له .

الحروف الثمانية والعشرين من حروف المعجم ، وهو قول الائمة الثلاثة . (وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان) وهـي الالف والتاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون .

قيل كون الالف من ذلك فيه نظر لانه من أقصى الحلق على ما عرف . (فيقدر ما لا يقدر يجب) أي فيقدر ما لا يمكنه إتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية . روي أن رجلاً قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ألف ب ت ث فكلما قرأ حرفاً أسقط من الدية بقدر ذلك ، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه .

(وقيل إن قدر على أداء أكثرها يجب حكومة عدل لحصول الافهام مـع الاختلاف وإن عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام و كـذا الذكر) أي تجب فيه الديـة بلا خلاف . (لانه يفوت بـه منفعة الوطء والإيلاد واستمساك البول والرمي به) أي رمي البول بالذكر (ودفق الماء والايلاج الذي هـو طريق الاعلاق عادة) قيد بالعادة أو قد يحصل الاعلاق بالسحق أيضاً ، إلا أنـه خلاف العادة ، فإن البكر لو حملت بالسحق تعسر عليها الولادة فعلم أن بقطعه يفوت الايلاد (وكذا في الحشفة) أي وفي قطع الحشفة تجب (الدية كاملة لان الحشفة أصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له) أي للحشفة والتذكير باعتبار المذكور . وفي شرح

قال : وفي العقل إذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك إذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده ، وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه لأن كل واحد منهـا منفعة مقصودة ، وقد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر .

الكافي : وفي الانثيين مع الذكر قالوا إذا قطع الكل بدفعة يجب ديتان ، ولو قطعهما بدفعتين ، أي قطع الذكر أولاً ثم الانثيين تجب ديتان أيضاً ، ولو قطع الانثيين أولاً ثم الذكر تجب في الانثيين الدية وفي الذكر حكومة عدل فصار كذكر الخصي والضعيف .

(قال) أي القدوري (وفي العقل إذا ذهب بالضرب الديـة) يعني إذا ضرب رأسه فذهب عقله يجب فيه الدية (لفوات منفعة الادراك ، إذ به) أي بالعقل (ينتفع بنفسه في معاشه) أي في دنياه ، (ومعاده) أي وفي آخرته إذ العقل من أعظم ما يختص بـه الآدمي ، يدرك الاشياء وبه يمتاز عن البهائم ، فكان فيه منفعة مقصودة .

(وكذا) أي وكذا تجب الدية (إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روى أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر) روى ابن أبي شيبـة في مصنفه حدثنا أبو خالد عن عوف الاعرابي «رض» قال : سمعت شيخاً في زمن الجماجـم فنعت فعنة فقيل ذاك أبو مهلب عم أبي قلابة قال رمى رجل رجلاً بحجر في رأسه في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فذهب سمعه وعقله ولسانه وذكره فلم يضرب النساء ، فقضى بها عمر رضي الله تعالى عنه بأربع ديات ، وهو حر ، انتهى .

واختلف في طريق التفسير في معرفة ذهاب هذه الحواس فقيل إذا صدقـه الجاني أو استحلف على الثبات ونكل ثبت فواتها وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة إلى ذلك ، فإن لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والانكار طريق معرفة السمع أن يتغافل وينادى فإن أجاب علم أنه يسمع .

قال : وفي اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية لأنه يفوت به منفعة الجمال . قال وفي شعر الرأس الدية لما قلنا، وقال مالك وهو قول الشافعي «رض» تجب فيها حكومة عدل ، لأن ذلك زيادة في الآدمي ولهـذا يحلق شعر الراس كله واللحية بعضها في بعض البلاد ،

وحكى الناطقي عن أبي حازم القاضي والقدوري عن اسماعيل بن حماد أن رجـلا ضرب على رأس امرأته ، فزعمت أن سمعها ذهب ، فاشتغل اسماعيل بالقضاء ثم التفت إليها وهي غافلة فقال : استري عورتك ، فجعلت تلم ثيابها فعلم أنها سامعة ، وقال أبو يوسف في المنتقى : لا نعرف ذهاب السمع والقول فيه للجاني ، وأما طريق معرفة ذهاب البصر قال محمد بن مقاتل الرازي يستقبل الشمس مفتوح العين فان دمعت عينـه علم أن البصر باق فان لم تدمع علم أن البصر ذاهب ، وذكر الطحاوى رحمه الله أنه يلقى بـين يديه حية ، فان هرب من الحية علم أنـه لم يذهب بصره ، وقال محمد في الاصل : إن لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والقول للجاني مع يمينه على الثبات .

وفي شرح الكافي يدخل أرش الامة في الدية لان هذا جناية واحـدة في موضع واحد فاذا وجب في العقل الدية لم يجب فيها شيء وطريق معرفة ذهاب الشم أن يوضع بين يديه ما له رائحة كريهة ، فان اتقى من ذلك علم أنه لم يذهب شمـه ، قاله في شرح الطحاوي .

(قال) أى القدوري (وفي اللحية إذا حلقت فلم تنبت) أى عرضها يجب (الدية لانه يفوت به منفعة الجمال. قال وفى شعر الرأس الدية) سواء كان شعر رجل أو امرأة أو كبير أو صغير ، ويؤجل سنة فان نبت لم تجب الدية ، وإن مات قبل مضي السنة لا شيء فيه ، وبه قال الثورى وأحمد . (لما قلنا) وهو أنه يفوت به الجمال . (وقال مالك وهو قول الشافعي تجب فيهما) أى فى اللحية وشعر الرأس . (حكومة عـدل) إذا حلقا ولم ينبتا (لان ذلك زيادة فى الآدمى ، ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها) أى يحلق بعض اللحية (فى بعض البلاد) لو كان جمالاً لم يحلقوا . وقد يكون عدم اللحية جمالاً

وصار كشعر الصدر والساق ، ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنـــا أن اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمـال فتجب الدية كما في الأذنين الشاخصين ، وكذا شعر الرأس جمال . ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لأنه لا يتعلق به جمال . وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة «رح» أنه يجب فيها كمال القيمة

في بعض الاحوال ، وأهل الجنة كلهم أمرد . فلو كان ذلك من جملة الجمال الاصلي لكان أهل الجنة أولى به .

(وصار) أي حكم هذا (كشعر الصدر والساق) إذ ليس فيه الجمال .

(ولهذا) أي ولاجل كون شعر الرأس زيادة في الآدمي (يجب في شعر العبـــد نقصان القيمة) يعني إذا حلق شعره يجب فيه ما ينقص من قيمته .

(ولنا أن اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويت الجمال على الكمال فتجب الدية) وروى أن لله تعالى ملائكة يسبحون سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب والدليل على ان اللحية جمال ، أن الرجل إذا بلغ حد الكهولة والشيخوخة ولم يثبت له لحية يسمح في الاعين ، وإنما لا يسمح في حالة الطراوة والصغر ، وأما في حالة الضمور والكبر فلا شك أنه يعد شيئاً .

والرأس إذا حلق ولم ينبت يظهر فيه القرع بعد زمن عليه ، فان القرع عيب في الناس ولهذا يتكلف الأقرع في ستر رأسه كما يتكلف بستر سائر عيوبه .

(كما في الأذنين الشاخصين) أي المرتفعتين من شخص بالفتح : ارتفع ، فإن فيه تفويت منفعة الجمال مع بقاء السمع ، وتجب الدية كاملة .

(وكذا شعر الرأس جمال ألا ترى ان من عدمه) أي من عدم شعر الرأس (خلقة) أي من حيث الخلقة (يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لأنه لا يتعلق به جمال) أي وقد ذكرناه الآن (وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة أنه يجب فيها كمال القيمة) .

والتخريج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر . قال : وفي الشارب حكومة عدل وهو الأصح لأنه تابع للحية فصار كبعض أطرافها

وهي رواية الحسن «رح» عن أبي حنيفة رحمه الله اعتباراً بالدية في الحر لفوات الجمال.

(والتخريج على الظاهر) أي ظاهر الرواية (أن المقصود في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال) فيجب نقصان القيمة (بخلاف الحر) فإن المقصود فيه الجمال ولو حلق بعض اللحية ولم ينبت قيل يجب فيه حكومة عدل .

وفي شرح الكافي والصحيح أنه يجب فيه كل الدية لأن هذا في الشين فوق ما لا لحية له أصلا .

وكان أبو جعفر الهندواني يقول في اللحية: إنما يجب بها كال الدية إذا كانت لحيته كاملة يتجمل بها ، وأما إذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شيء فيها وإن كانت غير متوفرة ، ولا يقع بها جمال كامل وليست مما يشين ففيها حكومة عدل ، ولو حلق فنبتت ابيض إن كان في أوانه لا يجب شيء ، وإن كان في غير اوانه اختلف مشايخنا فيه .

والصحيح أنه يجب فيه حكومة عدل .

وقال في شرح الطحاوي : ولو حلق رأسه فنبت أبيض والرجل شاب .

قال أبو حنيفة رحمه الله في الحر لا يجب شيء وفي العبد يجب النقصان ، وقال يجب حكومة العدل في الحر والعبد وفي الواقعات رجل حلق لحية رجل ، فان كانت لحية متصلة أو خفيفة أو رقيقه أو كثيفة ففيه الدية إن لم تنبت ، وإن كان كوسجاً فعليه فيها حكومة عدل بعدما ينتظر سنه فلم تنبت ، فإن كان عمداً ففي ماله لأن العاقلة لا تعقل العمد ، وإن كان خطأ فعلى عاقلته كما في قتل الخطأ والعمد .

(قال) أي المصنف (وفي الشارب حكومة عدل) ناقله الناطقي «رح» في الأجناس (وهو الأصح) احترز به عن قول بعض المشايخ أنه يجب فيه كال الدية لأنه عضو على حدة .

قال المصنف (لأنه) أي لأن الشارب (تابع للحية فصار كبعض اطرافها) أي كبعض اطراف اللحية فاذا حلق بعض أطراف اللحية يجب حكومة عدل فكذا هذا .

ولحية الكوسج إن كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لأن وجوده يشينه ولا يزينه ، وإن كان أكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعاً لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل ، لأن فيه بعض الجمال ، وإن كان متصلا ففيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج ، وفيه معنى الجمال ، وهذا كله إذا فسد المنبت ، فإن نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء ، لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وإن نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة انه لا يجب شيء في الحر لأنه يزيده جمالاً وفي العبد تجب حكومة عدل ، لأنه ينقص قيمته ، وعندهما تجب حكومة عدل لأنه في غير أوانه يشينه ولا يزينه ، ويستوي العمد والخطأ ، على هذا الجمهور .

(ولحية الكوسج إن كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لأن وجوده يشينه ولا يزينه ، وإن كان اكثر من ذلك وكان على الذقن والخد جميعاً لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لأن فيه بعض الجمال ، وان كان متصلاً ففيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله إذا فسد المنبت فإن نبتت حتى استوت كما كانت لا يجب شيء لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب) أي الحالق (على ارتكابه ما لا يحل وإن نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجب شيء في الحر لأنه يزيده جمالاً ، وفي العبد تجب حكومة عدل لأنه ينقص قيمته ، وعندهما تجب حكومة عدل (في الحر أيضاً) لأنه في غير أوانه يشينه ولا يزينه ، ويستوي الخطأ والعمد) يعني في شعر الرأس واللحية ، وكذا في شعر الحاجب .

(على هذا الجمهور) احترز به عن رواية النوادر ، وقاله الاترازي ، وقال الكاكى

وفي الحاجبين الدية ، وفي أحدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل ، وقد مر الكلام فيه في اللحية .

قال : وفي العينين الديـــة وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الأذنين الدية وفي الانثيين الدية ، كـــذا روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال : وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية ، وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم : وفي العينين الدية وفي إحداهما نصف الديـــة . ولأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعـــة

وقال بعض الناس وهم أصحاب الظاهر : يجب في شعر الحاجب واللحية في العمد القصاص.

قيل : صورة حلق شعر الرأس واللحية خطأ هي أن يظنه مباح الدم فحلق ثم ظهر أنه غير مباح .

(وفي الحاجبين الدية وفي أحدهما نصف الدية) يعني اذا حلق الحاجبين أو تبعاً فلم ينبتا تجب الدية لأنه أزال الجمال على الكمال . (وعند الشافعي ومـــالك تجب حكومة عدل) لأنهما لا يوجبان أنه في الشعر ولايجب القصاص بالاتفاق (وقد مر الكلام من قبل فيه وفي اللحية) أي عند قوله : وفي اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية.

(قال) أي القدوري (وفي العينين الدية ، وفي اليدين الدية ، وفي الرجلين الدية ، وفي الشفتين الدية ، وفي الأذنـــين الدية ، وفي الانثيين الدية ، كذا روى عن سعيد بن المسيب رضى الله عنه عن النبي ﷺ) هذا غريب .

(قال) أي القدوري (وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية فيما كتبـــه النبي ﷺ لعمرو بن حزم : « وفي العينين الدية وفي إحداهما نصف الدية ») تقدير هـــذا في الفصل المذكور وفيما كتب لعمرو بن حزم » ، وفي العين الواحدة نصف الدية ، وفي اليد الواحدة نصف الدية ، وفي الرجل الواحدة نصف الدية .

(ولأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال، فيجب

أو كمال الجمال فيجب كل الدية ، وفي تفويت أحدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية . قال : وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي أحدهما نصف دية المرأة لمـــا بينا بخلاف ثديي الرجـــل حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال ، وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الإرضاع وإمساك اللبن ، وفي احداهما نصفها لمـــا بيناه .

قال : وفي أشفار العينين الدية ،

كل الدية ، وفي تفويت أحدهما تفويت النصف ، فيجب نصف الدية) .

(قال) أي القدوري (وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة ، وفي احدهما نصف دية المرأة لما بينا) أشار به إلى قوله : لأن في تفويت الاثنين من هـــذه الاشياء إلى قوله : فيجب نصف الدية .

(بخلاف ثديي الرجل) بضم الثاء المثلثه وكسر الدال وتشديد الياء جمع ثدي حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال (وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الإرضاع وإمساك اللبن) وبه قال الشافعي « رح » وأحمـــد رحمه الله ، وقال الثوري ومالك : ان ذهب اللبن وجبت الدية وإلا تجب حكومةعدل .

(وفي احدهما) أي في احدى الحلمتين (نصفها) أي نصف الدية (لما بيناه) أي عند قوله : لأن في تفويت الاثنين إلى آخره .

وقال الكرخي : وإن قطع الحلمة من ثدي المرأة وحدها أو قطع الثدى وفيه الحلمة فيه نصف الديه الحلمة والثدي ، وسواء كان ذلك بضربة أو ضربتين إذا كان ذلك قبل البرء من الأول .

وفي الجمهرة حلمتا الثدى النابتتان وفي طرفه وهما اول الحياة .

(قال) أي القدوري (وفي أشفار العينين) الأشفار جمع الشفر بالضم وهو منبت الأهداب ، وهو جمع هدب ، وهو الشعر الذي على الأجفان (الدية) أي تجب الدية .

وفي أحدها ربع الدية. قال رضي الله عنه: يحتمل أن مراده الأهداب مجازاً كما ذكر محمد « رح » في الأصل للمجاورة كالرواية للقربة وهي حقيقة في البعير . وهذا لأنه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة ، وهي منفعة دفع الأذى والقذى عن العين إذ هو يندفع بالهدب . وإذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها . ويحتمل أن يكون

(وفي احدها) أي في أحد الأشفار (ربع الدية) هذا عند اكثر أهل العلم .

(قال) أي المصنف (يحتمل أن مراده) أي مراد القدوري من الأشفار (الأهداب مجازاً) أي من حيث المجاز (كما ذكر محمد في الأصل) حيث جعل الأشفار اسماً للشعر الذي ينبت على حروف العين ، وقد خطأه اهل اللغة في هذا كما لو استعار منابت الشعور والشعور تسمى أهداباً .

وقال ابو حنيفة رضى الله عنه دفعاً لتخطيتهم محمداً بقول يحتمل أن يكون بطريق المجاز (للمجاورة) من طريق إطلاق اسم المحل على الحال ، والمجاز تتابع في كلام العرب لا ينكره إلا من لا معرفة له من العلوم .

وذكر المصنف رحمه الله نظيراً لهذا المجاز بقوله : (كالرواية للقربة وهي حقيقة في البعير) أي الرواية حقيقة في البعير لأن البعير الذي يحمل عليه الماء الرواية وكثر ذلك حق سموا القربة رواية مجازاً للمجاورة كما سمى المطر سماء .

(وهذا) أي هذا الذي ذكرنا من وجوب الدية في أشفار العينين وفي احدهما ربع الدية (لأنه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الأذى والقذى) وهو الذى يقع في العين . (عن العين إذ هو يندفع بالهدب، وإذا كان الواجب فى الكل) أي في كل الاشفار (كل الدية وهي أربعة كان في احدها ربع الدية ، وفى ثلاثة منها ثلاثة أرباعها) أي ثلاثة ارباع الدية .

(ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر) هـــذا عطف على قوله : يحتمل مراده

مراده منبت الشعر والحكم فيـــه هكذا، ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه ديةواحدة لأن الكل كشيء واحد، وصار كالمارن مع القصبة.

قال : وفي كل اصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الديـــة لقوله ﷺ : في كل اصبع عشر من الإبل ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها .

الأهداب مجـــازاً أي ويحتمل أن يكون مراد القدوري من الاشفار الحقيقة وهو منبت الشعر (والحكم فيه هكذا) والحاصل كلام القدوري يحتمل الحقيقة والمجـــاز جميعاً ، والحكم فيالكلواحد .

قال المصنف رحمه الله عنه (ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحـدة لأن الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة) أي قصبة الأنف ، وفى التحفة إذا قطـــع الاجفان التي لا اشفار لها تجب حكومة العدل .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وفى كلاصبع من اصابع اليدين والرجلين عشرالدية لقوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (في كل أصبع عشر من الابل) هذا روي عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، منهم أبو موسى الأشعري رضي الله تعالى عنـــه ، أخرجه أبو داود والنسائي « رح » عن النبي ﷺ قال : « الأصابع سواء في كلأصبع عشر من الابل » ومنهم ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أخرجه عنه الترمذي قال : قال رسول الله ﷺ : « دية أصابع اليدين والرجلين سواء عشرة من الابل في كل اصبع » ، وقال حديث حسن صحيح غريب .

ومنهم عبد الله بن عمرو بن العاص أخرجه ابن ماجة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قال : « الأصابع كلها سواء في كل أصبع واحـــد عشر من الإبل » (ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها) اعشاراً أي على الأصابع عشراً في كل أصبع عشر من الإبل .

(قال) أي القدوري (والأصابع كلها سواء) أي أصابع اليدين وأصابع الرجلين

قــــال : والأصابع كلها سواء لإطلاق الحديث ، ولإنهـا سواء في أصـل المنفعة فـلا تعتبر الزيادة فيــــه كاليمين مـع الشمال ، وكـــذا أصابـع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة الشيء فتجب الدية كاملة ثم فيهما عشر أصابع فتنقسم الدية عليهما أعشاراً . قال : وفي كل اصبع فيهــــا ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلات ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع . قــــال : وفي كل سنّ خمس من الإبل لقوله عليه السلام

كلها سواء (لإطلاق الحديث) المذكور ، وهو مذهب علي وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم . ولا نعلم فيه خلاف إلا رواية عن عمر رضي الله عنه انــــه قضى في الابهام بثلاثة عشر ابلاً ، وفي التي تليها اثني عشرة . وفي الوسطى بعشرة وفي التي تليها تسع وفي الخنصر ست . وروي عنه كقول العامة « رح » .

(ولأنها) أي ولأن الأصابع (سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزياده فيـــه) أي في البعض (كاليمين مع الشمال) يعني هما سواء في إيجاب الحكم حيث تجب الديـة فيهما على السواء ، وإن كانت منفعة اليمين أكثر (وكذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلهـــا منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيهما) أي في الرجلين (عشر أصابع فتنقسم الدية عليها أعشاراً) أي عشر في كل أصبع .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل ، ففي أحدها ثلث دية الإصبع ، وما فيها مفصلان ففي أحدهما نصف دية الأصبع ، وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع) هذا ليس فيه خلاف إلا ما حكي عن مالك انه قـال : للإبهام أيضاً ثلاثة أحدها بباطنه ، وليس بصحيح لأن الإعتبار يقتضي وجوب العشر في الظاهر لا مــا بطن منها ، وأصابـع اليدين والرجلين سواء بلا خلاف .

(قال) أي القدوري (وفي كل سن خمس من الإبل ، لقوله ﷺ) أي لقول النبي

في حديث أبي موسى الاشعري رضي الله عنه : وفي كل سن خمس من الإبل ، والاسنان والاضراس سواء لإطلاق ما روينا ، ولما روي في بعض الروايات . والاسنان كلها سواء

(في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه : « وفي كل سن خمس من الإبل ») ﷺ واخرج ابن ماجة من حديث عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قضى في السن خمس من الإبل .

(والاسنان والاضراس سواء لإطلاق ما روينا) أشار بـــه إلى حديث عمرو بن حزم « رض » قال فيه « وفي السن خمس من الابل . (ولمـــا روي في بعض الروايات : والأسنان كلها سواء) هـــذا رواه البزار في مسنده من حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال : « الثنية والضرس سواء والأسنان كلها سواء وهـــذه سواء » وقال الأترازي : قال القدوري : والأسنان والأضراس كلها سواء وكان من حق الكلام أن يقال : والأسنان كلها سواء بلا ذكر الأضراس ، ويقال : والأنياب والأضراس سواء ، لأن الضرس دخل تحت السن لأن السن يشمله والعطف يوهم المغايرة بين السن والضرس انتهى .

وقال الاكمل : قوله : والاسنان والاضراس كلها سواء . قالوا : فيه نظر ،والصواب أن يقال : وفي الاسنان كلها سواء ، ويقال : والانياب والاضراس كلها سواء لان السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنـــان فوق واثنان أسفل ، ومثلها رباعيات ، وهي ما يلي الثنايا ومثلها أنياب تلي الرباعيات ومثلها أضراس تلي الانياب ، واثنتي عشرة سناً تسمى الطواحين من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدهن اثنـــان أخريان ، وهي آخر الاسنان ، وتسمى النواجذ ، وهي في أقصى الاسنان وهي جمع ناجذ ، وتسمى سن الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل ، فلا يصح أن يقـــال : الاسنان والاضراس سواء لعوده إلى معنى الاسنـــان وبعضها سواء انتهى .

قلت : يمكن منع النظر من حيث المغايرة بين الاضراس والاسنان حاصلة من جهـــة

ولان كلها في أصل المنفعةسواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا إذا كان خطأ فإن كان عمداً ففيه القصاص،وقد مر في الجنايات .

قال ومن ضرب عضواً فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوءها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة ،

التسمية ، لان غير الضرس من الاسنان ، فمن هذه الحيثية لا تتوهم المغايرة . وفي الخلاصة: لو ضرب سن رجل حتى تحولت وسقطت ان كان خطأ تجب خمسمائة .على العاقلة ، وإن كان عمداً يقتص وفي التساوي الصغير إذا قلع سن البالغ لا يستأني لان النبات بعد البلوغ نادر ، ولو قطع سن الصبي يستأني حولاً لان النبات ليس بنادر . ومع هذا لو قلع سن البالغ ثم نبت لا شيء عليه ، وفي الخلاصة إشارة إلى أنـــه يؤجل في البالغ . وفي نسخة الإمام السرخسي رحمه الله : يستأني حولاً في الكبير الذي لا يرجو نباتـــه في الكسر والقطع ، وهكذا في شرح الشافعي،وهكذا في المنتقى قال : وبالأول يقضى أنه لا يؤجل ولو قطع جميع أسنانه يجب ستة عشر ألفاً ، لأن أسنانه تكون ثمانية وعشرين .

حكي عن امرأة قالت لزوجها : يا كوسج ، فقال : إن كنت كوسجاً فأنت طالق . سئل أبو حنيفة رحمه الله عن ذلك فقال : تعد أسنانه إن كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج (ولان كلهـــا) أي كل الاسنان (في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع) أي كما لا يعتبر التفاوت في الايـدي والاصابع لان كلهـــا سواء في جنس المنفعة .

(وهذا) أي الذي ذكره كله (إذا كان خطأ فإن كان عمداً ففيه القصاص وقـــد مر في الجنايات) .

(قال) أي القدوري (ومن ضرب عضواً فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوءها بالضرب لان المتعلق) أي الموضع الذي يتعلق به وجوب كل الدية (تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة) لان الصورة قائمة فإن قيل : ذكر في

ومن ضرب صلب غـــيره فانقطع ماؤه يجب الدية لتفويت جنس المنفعة . وكـذا لو أحدبه لانه فوت جمالاً على الكمال وهو استواء القامة ، فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه ، لزوالها لا عن أثر .

فصل في الشجاج

قال : الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه ،

المبسوط ان في اليد الشلاء وفقاء العين العوراء حكومة عدل ، وذكر هنا ان في اذهـاب منفعة اليدين مع بقاء الصورة كمال الدية فعلم أن الصورة والمعنى كل واحـــد متعين يوجب شيئاً يحق له . فينبغي أن يجب بقطع اليدين الصحيحتين الدية مع الحكومة ، فالدية لإزالة المنفعة والحكومة لإزالة الصورة قلنا نعم ، كذلك ، إلا أنه أدخل الأقل في الأكثر لما لو شج فذهب العقل دخل أرش الموضحة في الدية .

(ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة) وهو النسل (وكذا) أي تجب الدية (لو أحدبه) أي ضرب ظهره فحدث من ذلك (لأنـه فوت الجمال على الكمال ، وهو استواء القامة ولو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن أثر) ولو بقي أثر الضربة بعد زوال الحدبة ويلزم حكومة عدل لأنه زال به النفع الذي تجب به كل الدية .

(فصل في الشجاج)

أي هذا فصل في بيان أحكام الشجاج وهو جمع شجة ، ولما كان الشجاج نوعاً من أنواع ما دون النفس وتكاثرت مسألة ذكرها في فصل .

(قال) أي القدوري (الشجاج عشرة) أي عشرة أنواع وجه انحصارها في العشرة يظهر بحسب على تعاقب آثارها الأولى (الحارصة) بالحاء والصاد المهملتين ومنـــه قولهم حرص القصار الثوب ، إذا خرقه في الدق (وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه) من الخدش بالخاء والشين المعجمتين وهو قطع الجلد (ولا تخرج) أي الحارصة لا يخرج (الدم والدامعة)

ولا تخرج الدم ، والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين ، والدامية وهي التي تسيل الـــدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم ، والسمحاق وهي التي تصل إلى السمحاق وهي جلدة رقيقـــة بين اللحم وعظم الرأس ،

أي الثانية من الشجاج بين التي تسمي بالدامعة (وهي التي تظهر الدم ولا تسيله) بضم التاء من الاسالة فهي لا تسيل الدم ولكن يظهر (كالدمع في العين) يظهر ولا يسيل .

(والدامية) أي الثالثة : الشجة الدامية دمى يدمى دماً ودميا .

وأصله دم : وهو بالتحريك .

وقال سيبويه دمى : بالتسكين . وقال المبرد بالتحريك . وقال الجوهر :

يقال دمى الشيء يدمى دمي ودميا فهو دم مثل فرق يفرق فرقاً فهو فرق . قلت لم يقل فهو دام فدل على أن الفاعل منه لا يجيء إلا على وزن الصفة المشبهة وعلى مـا ذكره الفقهاء يكون دام وأصله دامى فاعل إعلال ماض .

وللتأنيث يقال : دامية (وهي التي تسيل الدم) بضم التاء من الاسالة (والباضعة) أي الشجة الرابعة هي التي تسمى بالباضعة (وهى التي تبضع الجلد أي تقطعه) من البضع وهو الشق والقطع . وفي المغرب الباضعة هى التي جرحت الجلد وشقت اللحم .

(والمتلاحمة) أي الشجة الخامسة التي تسمى بالمتلاحمة (وهى التي تأخذ في اللحم)وفي المغرب المتلاحمة من الشجاج التي تشق اللحم دون العظم ثم يتلاحم بعـــد شقهـا أي تتلاحم وتتلاصق .

وقال الأزهري :

الوجه أن يقال : اللاحمة ، أي القاطعة اللحم ، وإنما سميت بذلك على التأول إليه ، أي على التفاؤل . وعن محمد «رح» هي قبل الباضعة ، وهي التي تتلاحم فيها الدم وتسود . الأحمر ولا يبضع اللحم . (والسمحاق) أى الشجة السادسة هي التي تسمى بالسمحاق (وهي التي تصل إلى السمحاق ، وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس) .

والموضحة وهي التي توضح العظم أي تبينه ، والهاشمة به وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله والآمة ، وهي التى تصل إلى أم الرأس ، وهو الذي فيه الدماغ قال ففي الموضحة القصاص ، إن كانت عمداً ، لما روي أنه عليه السلام

وفي المغرب السمحاق ، جلدة رقيقة فوق عظم الرأس إذا انتهت إليه الشجة يسمى سمحاق ومنه قيل للعظم الرقيق سماحيق (والموضحة) أى الشجة السابعة تسمى بالموضحة (وهي التي توضح العظم أى تبينه) وفي المغرب يقال أوضحت الشجة في رأسه وأوضح فلان في رأس فلان إذا شج هذه الشجة ، وإما قول أبي يوسف « رح » أنه شجه فأوضحه فلم أجده إلا في رسالته (والهاشمة) أى الشجة الثامنة هي التي تسمى بالهاشمة (وهي التي تكسر العظم) من الهشم ، وهو كسر الشيء الرخو من باب ضرب . (والمنقلة) أى الشجة التاسعة ، هي التي تسمى بالمنقلة (وهي التي تنقل العظم بعد الكسر ، أى تحوله) من موضع إلى موضع آخر .

(والآمة) بالمد وتشديد الميم ، وهي الشجة العاشرة (وهي التي تصل إلى أم الرأس ، وهو الذى فيه الدماغ) وفي المغرب . وإنما قيل للشجة آمة ، ومأمومة ، على معنى ذات أم كعيشة راضية . وجمعها : أوام ومأمومات .

وقال القدورى في شرحه ثم الدامغة وهي التي تجرح الجلد وتصل إلى الدماغ . فهذه إحدى عشرة شجة . ولم يذكر فيها محل الحارصة ولا الدامية ، لأن الحارصة لم يبق لها أثر في الغالب .

والشجة التي لا أثر لها في الغالب لا حكم لها . ولم يذكر الدامغة ، لأن الإنسان لا يعيش معها ، فلا معنى لإثبات حكم الشجاج فيها .

وما سوى ذلك فالحكم فيه مختلف على ما يجيء ، إن شاء الله تعالى .

(قال) أي القدورى رحمه الله :

(ففي الموضحة القصاص إن كانت عمداً لما روي إنه ﷺ) أى أن النبي ﷺ

قضى بالقصاص في الموضحة، ولأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى العظم فيتساويان ، فيتحقق القصاص . قال : ولا قصاص في بقية الشجاج ، لأنه لايمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لا حد ينتهي السكين إليه ، ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم . ولا قصاص فيه . وهذه رواية عن أبي حنيفة . وقال محمد « رح » في الأصل وهو ظاهر الرواية: يجب القصاص فيما قبل الموضحة،

(قضى بالقصاص في الموضحة) . هذا حديث غريب .

وأخرج البيهقي ، عن عطاء قال :

قال رسول الله ﷺ : لا طلاق قبل ملك ولا قصاص فيما دون الموضحة من الجراحات . وهو مرسل .

وأخرج عبد الرزاق في مصنفه عن الحسن وعمر بن عبد العزيز رضي الله تعالى عنهم أن النبي ﷺ ، لم يقض فيما دون الموضحة بشيء . (ولأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى العظم فيتساويان ، فيتحقق القصاص) .

لأن عند المساواة تتحقق المماثلة ، فيتحقق القصاص لأن عند المساواة تتحقق المماثلة ، فيتحقق الاستيفاء .

(قال) أي القدوري :

(ولا قصاص في بقية الشجاج لأنه لايمكن اعتبار المساواة فيها) أي في بقية الشجاج (لأنه لا حد ينتهي السكين إليه) فلا يوجد المساواة (ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه) أي في العظم .

(وهذه) أي المذكور . (رواية عن أبي حنيفة) رواها الحسن عنه وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله .

(وقال محمد «رح» في الأصل) أي المبسوط . (وهو ظاهر الرواية . أنه يجب القصاص فيما قبل الموضحة) أي دون الموضحة في الأثر كالسمحاق ونحوه .

لأنه يمكن اعتبار المساواة فيـــه ، إذ ليس كسر العظم ، ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ، ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطـع بهـــا مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص .

قال : وفيما دون الموضحة حكومة العدل ، لأنه ليس فيها إرش مقدر ، ولا يمكن اهداره ، فوجب إعتباره بحكم العـــدل . وهو مأثور عن النخعي وعمرو بن عبد العزيز « رح » . قال : وفي الموضحة ، إن كانت خطأ نصف عشر الدية ، وفي الهاشمة عشر الدية ،

وفي الكافي : هذا هو الصحيح ، لظاهر قوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ . ويمكن اعتبار المساواة كما ذكره في المتن ، وهو قول مالك (لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه إذ ليس فيه كسر العظم ، ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار) .

يقال : سبرت الجرح أسبره إذا نظرت ما غوره . والمسبار ، بكسر الميم ما يسبر به الجرح . والتسبار مثله. وكل أمر رزوته فقد سبرته واستبرته . كذا في الصحاح قوله : رزوته بالراء ثم بالزاي قاله الجوهري رزوته أروزه روزا أي خبرته وخبرته (ثم يتخـذ حديدة بقدر ذلك ، فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص) .

(قال) أى القدورى :

(وفيما دون الموضحة حكومة العدل) أى فيا دون الموضحه من حيث الأثر. وقيل: الموضحة من حيث الذكر ، وهي من الخارصة إلى السمحاق .

(لأنه ليس فيها أرش مقدر ، ولا يمكن إهداره ، فوجب اعتباره بحكم العدل ،وهو مأثور عن ابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز رضي الله تعالى عنهما) .

أما ابراهيم النخعي ، فرواه عبد الرزاق في مصنفه : أخبرنا سفيان الثورى ، عـن حماد عن ابراهيم ، قال : فيا دون الموضحة حكومة . ورواه ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن سفيان بـه وأمـا أثر عمر بن عبـد العزيز فغريب (قـال) أي القدوري « رح » (وفي الموضحة ، إن كانت خطـأ ، نصف عشر الدية . وفي الهاشمة عشر الديـة .

وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية ، وفي الآمة ثلث الدية. وفي الجائفة ثلث الدية ، فإن نفذت فيها جائفتان ففيهما ثلثا الديـــة لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال في الموضحة : خمس من الابل ، وفي الهاشمة عشر ، في المنقلة خمسة عشرة ، وفي الآمة . ويروى المامومة ثلث الدية . وقـــال عليه السلام : وفي الجائفة ثلث الدية. وعن أبي بكر رضي الله عنه أنـــه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثي الديـة ،

وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية . وفي الآمة ثلث الدية . وفي الجائفـــة ثلث الدية ، فإن نفذت فيها جائفتان ، ففيهما ثلث الدية لما روى في كتاب عمرو بن حزم أن النبي ﷺ قال :

في الموضحة خمس من الإبل ، وفى الهاشمة عشر ، وفي المنقلة خمسة عشر ، وفى الآمة ، ويروى المأمومة ، ثلث الدية) .

قد تقدم هذا فى كتاب عمرو بن حزم .

(وقال ﷺ) أى قال النبي ﷺ (فى الجائفة ثلث الدية) . هذا أيضاً تقدم فى حديث عمرو بن حزم . وروى ابن أبي شيبة فى مصنفه :

حدثنا عبد الرحيم بن سليمان ، عن محمد بن إسحاق عن مكحول عن أشعث عـــن الزهرى ، أن النبي ﷺ قضى فى الجائفة بثلث الدية .

(وعن أبي بكر الصديق رضى الله تعالى عنه أنه حكم فى جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثى الدية) .

رواه عبد الرزاق فى مصنفه . أخبرنا ابن جريج عن داود بن أبي عاصم قال : سمعت ابن المسيب قال : قضى أبو بكر رضي الله تعالى عنه فى الجائفة تكون نافذة بثلثى الدية . وقال : إنهما جائفتان . قال سفيان : ولا تكون الجائفة إلا فى الجوف ،

ولأنهـــا إذا نفذت نزلت منزلة جائفتين إحداهما من جانب البطن والأخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية، فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية ؛ وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال : هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود ، ومـــا ذكرناه بدأ فروى عن أبي يوسف. وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى وحكم

(ولانها) أى ولان الجائفة (إذا نفذت نزلت منزلة الجائفتين إحـــداهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر ، وفى كل جائفة ثلث الدية ، فلهذا وجب فى النافذة ثلثا الدية) وبه قال الشافعى ومالك وأحمد وأكثر أهل العلم ، وقال إبن عبد البر : لا أعلمهم يختلفون فى ذلك . وحكى عن بعض أصحاب الشافعى وعن أبي حنيفة فى رواية أنه جائفة واحدة . (وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة) أى فى الذكر (وقال) أى محمد (هى التي يتلاحم فيها الدم ويسود) وقال تاج الشريعة : وليس معناه أنها قبل الباضعة من حيث أن تحته دونه ، بل من حيث أن المتلاحمة عند محمد ما يظهر اللحم ولا تقطعه من قولهم : إلتحم السنان إذا اتصل أحدهما بالآخر والباضعة بعدها . وفى ظاهر الرواية : المتلاحمة ما يعمل فى قطع أكثر اللحم وهى بقدر الباضعـــة وهى تقطع بعض اللحم .

(وما ذكرنا بدأ) أى أولاً . قال الجوهرى : البدء والبدء أيضاً الاول، ومنه قولهم أفعله بادى على وزن فعل ، وبادى بدى على وزن فعيل ، أى أول شىء . (فروى عن أبي يوسف) وهو ظاهر الرواية .

(وهذا) أى هذا المذكور من رواية أبي يوسف ومحمد (اختلاف عبارة لا تعود إلى معنى وحكم) أى الذى روى عن محمد ان المتلاحمة قبل الباضعة ، والذى روى عـــن ابي يوسف الباضعة قبل المتلاحمة ، اختلاف فى الإسم لا فى المعنى والحكم لان محمداً رحمه الله لا يمنع ان تكون الشجه التي ذهبت فيه اللحم ارشها، وكذلك ابو يوسف رحمه الله لايمنع أن تكون الشجه التي قبل الباضعة أقل منها أرشاً ، وإنما الخلاف في الإسم . قال محمد

وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل إلى الدماغ ، وإنما لم يذكرها لأنها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حـــدة ، ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة ، وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر ، وإنما تجب حكومة العــــدل لأن التقدير بالتوقيف ، وهو إنما ورد فيما يختص بهما ولأنه إنما ورد الحكم فيها

المتلاحمة مأخوذة من الإجتماع ، يقال : التحم الحيان إذا اجتمعا ، وقال أبو يوسف : إنها مأخوذة من الذهاب فى اللحم ، كذا ذكره القدورى «رح» فى شرحه .

(وبعد هذا) أى بعد ذكر الآمة التي هى عاشرة الشجاج (شجـــة أخرى تسمى الدامغة) بالغين المعجمة (وهي التي تصل إلى الدماغ، وإنما لم يذكرها) يعني محمد «رح» في الأصل (لانها تقع قتلاً فى الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة) وقد مر بيان هذا عن قريـــب (ثم هذه الشجاج) لما ذكر قبل هذا حكم الشجاج شرع بذكر مواضع الشجاج (تختص بالوجه والرأس لغة) وبه قالت الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم ، وعلى ما ذكـــر في الإيضاح تختص بالوجنتين والرأس أيضاً ، وقال أبو الليث : يثبت حكم هـــذه الشجاج في كل البدن . (ومـــا كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة) أي حكم الشجاج يثبت في الوجه والرأس على ما هو حقيقة اللغة (في الصحيح) احترازاً عن قول أبي الليث ، ثم أوضح ذلك بقوله : (حتى لو تحققت) .

وقال تاج الشريعة : حتى لو تحققت الموضحة والهاشمة والمنقلة (في غيرهمـــا) أي في غير الرأس والوجه (نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر وإنما تجب حكومة العدل لأن التقدير بالتوقيف) يعني لأن التقدير من أمرين والأمور لا تكون إلا بالتوقيف على الشرع (وهو) أي التوقيف (إنما ورد فيما يختص بهما) أي بالوجه والرأس (ولأنه إنما ورد الحكم فيها

لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة ، والشين يختص بما يظهر منها في الغالب ، وهو العضوان هذان لا سواهما ، وأما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر ، وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ، ولا مواجهة للناظر فيهما إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضاً ، وقالوا : الجائفة تختص بالجوف ، جوف الرأس

لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة ، والشين يختص بما يظهر منها) أي من الأعضاء (في الغالب وهو العضوان هذان) أي الوجه والرأس . (لا سواهما) أي لأن ما سواهما يغطى في العادة فلا يلحقه الشين كما يلحق في الوجه والرأس (وأما اللحيان) بفتح اللام تثنية اللحي ، وهو الذي عليه اللحية . (فقد قيل ليسا من الوجه ، وهو قول مالك) .

وقال صاحب الذخيرة : والذقن من الوجه بلا خلاف ، والعظم الذي تحت الذقن ، وهو اللحيان من الوجه عنده ، حتى لو وجدت الشجاج الثلاث الموضحة والهاشمة والمنقلة في اللحيين كان لها أرش مقدر عندنا خلافاً لمالك رحمه الله وهو معنى قوله (حتى لو وجد فيهما) أي في اللحيين (ما فيه أرش مقدر) وهو الشجاج الثلاثة المذكورة (لا يجب المقدر وهذا) أي عدم الأرش المقدر فيهما (لأن الوجه مشتق من المواجهة ، ولا مواجهة للناظر فيهما) أي في اللحيين .

(إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به) أي لاتصال اللحيين بالوجه (من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضاً) أي في اللحم يعني المواجهة أيضاً ، فيكون من الوجه حقيقة ، قيل عليه بحران [كذا] أن يكون غسلها فرضاً في الطهارة وأجيب بأنه ترك هذه الحقيقة بالإجماع والإجماع هنا فبقيت العبرة للحقيقة .

(وقالوا) أي المشايخ : (الجائفة تختص بالجوف : جوف الرأس أو جوف البطن)

أو جوف البطن، وتفسير حكومة العدل على مـــا قاله الطحاوي ان يقوم مملوكاً بدون هذا الاثر ويقوم به الاثر ثم ينظر إلى تفاوت مـــا بين القيمتين، فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية، وإن كان ربع عشر فربع عشره، وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة، فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه.

وفي الأجناس الجائفة وإن نفذت من رواية ففيها ثلث الدية إن كان عمداً ففي ماله، وإن كان خطأ فعلى عاقلته. والجائفة تكون ما بين اللبة والعانة ولا يكون فوق الذقن، ولا يكون تحت العانة بين الفخذين والرجلين.

وقال الكرخي في مختصره: ولا تكون الجائفة في الرقبة ولا في الحلـق، ولا تكون إلا فيما يصل إلى الجوف من الصدر والظهر والبطن والجبين وكل ما وصل إلى الفم ففيـه حكومة عدل وليس بجائفة، ولا يكون في اليدين ولا في الرجلين، ثم في الشجاج كلهـا إذا برأت ولم يبق لها أثر بعد البرء لا يجب شيء في العمد والخطأ ولا رواية عن أبي حنيفة «رح» أنه قال: يجب مقدار أجر الطبيب.

كذا في شرح الطحاوي وأما إذا بقي لها أثر بعد البرء في الخطأ في الموضحة وما فوقها أروش مقدرة وقبلها حكومة عدل، أما في العمد فلا يجب القصاص إلا في الموضحة وفيما قبلها حكومة عدل وفيما فوقها الأروش. (وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوى أن يقوم مملوكاً بدون هذا الأثر ويقوم به هذا الأثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وإن كان ربـع عشر فربـع عشره).

(وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقـــدر ذلك من نصف عشر الدية لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه) بيان قوله كم مقدار هذه الشجة إن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلاً فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة، فإن كان مقدارها ثلث الموضحة يجب ثلث أرش الموضحة وإن كان ربـع الموضحة يجب ربـع أرش الموضحة، وإن

فصـــل

وفي أصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على مـــا روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فإن قطعهـــا مع الكف ففيه أيضاً نصف الدية لقوله عليه السلام : وفي اليدين الدية وفي إحداهما نصف الديـــة ، ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بهما ، وإن قطعهما مع نصف الساعد ففي الأصابع والكف نصف

كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة . قال شيخ الإسلام : هذا هـــو الأصح وفي فتاوى قاضي خان . وعلى قول الطحاوى الفتوى وبه أخذ الحلواني وبه قالت الأئمة الثلاثة وأهل العلم ، وقال ابن المنذر ، وهو قول كل من يحفظ عنه .

(فصـــل)

أي هذا فصل في بيـــان مسائل الجراح التي فيها دون النفس فيما دون الرأس (وفي أصابع اليد نصف الدية) هذا قول القدورى في مختصره لما روينا ، وفي بعض النسخ على ما روينا في فصل في الشجاج في حديث عمرو بن حزم : في كل اصبع عشر من الإبل فإذا وجب (لان في كل اصبع عشر الدية) من الإبل وهو عشر الدية (على ما روينا) يكون في أصابع اليد الواحدة إذا قطعت خطأ نصف الدية لان فيها خمس أصابع (فكان في الخمس) أى في خمس الاصابع (نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب) أي الموجب للديـــة تفويت جنس المنفعة (على ما مر) أي في فصل ممـــا دون النفس (فإن قطعهـــا) أي الأصابع (مع الكف ففيـــه أيضاً نصف الديـــة لقوله ﷺ) أي لقول النبي ﷺ . (وفي اليدين الدية) تقدم من ذلـــك فيه الكفاية (وفي احداهما) أى في إحدى اليدين (نصف الدية) هو أيضاً لفظ الحديث (ولان الكف تبع للأصابع لان البطش بهما) أى بالاصابع (وإن قطعها) أى اليد (مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية ، وفي الزيادة حكومة عدل ، وهـــو

الدية ، وفي الزيادة حكومة عدل ، وهو رواية عن أبي يوسف ، وعنه ما زاد على أصابع اليـــد والرجل فهو تبع إلى المنكب وإلى الفخذ لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الديـة ، واليد اسم لهـــذه الجارحة إلى المنكب ، فلا يزاد على تقـدير الشرع ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعاً في حق التضمين ، ولأن لا وجـــه إلى أن يكون تبعاً للأصابـع لأن بينهما عضواً كاملاً و لا إلى أن يكون تبعاً للكف لأنه تابع ، ولا تبع للتابع .

رواية عن أبي يوسف) وبه قال الشافعي ظاهر مذهبه والقاضي الحنبلي . (وعنـه) أى وعن أبي يوسف (ان ما زاد على أصابع اليد والرجل فهـو تبع إلى المنكب وإلى الفخذ لان الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية ، واليد إسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع) وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله وأصحاب الشافعي وهو قول النخعي وقتادة وعطاء لان الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الديـة ، واليد إسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع .

(ولهما) أي ولابي حنيفة ومحمد (أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع ، فلم يجعل الذراع تبعاً في حق التضمين) بيان هذا أن اليد آلة باطشة بمعنى أرش اليد يجب باعتبار إزالة البطش ، والاصل في البطش الاصابع والكف تبع لهـا ، وأما الساعد فلا يتبعهما لانه غير متصل بها فلم يجعل تبعاً لها في التضمين (ولانه) أى ولان الذراع (لا وجه إلى أن يكون تبعاً للأصابع لان بينهما) أى بـين الذراع والاصابع (عضواً كاملا) وهو الكف (ولا إلى أن يكون) أى لا وجه إلى أن يكون (تبعاً للكف لانه) أى لان الكف (تابع ولا تبع للتابع) بيانـه أن الذراع لا يجوز أن يتبع الاصابع لانه يفصل بينهما عضو فلا يكون تبعاً ، ولا يجوز أن يستتبع الكف لانه تبع في نفسه فلا يثبت له تبع.

قال : وإن قطع الكف من المفصل وفيهـــا اصبع واحدة ففيه عشر الدية وإن كان اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف ، وهذا عند أبي حنيفة ، فلا ينظر إلى أرش الكف والاصبع فيكون عليـــه الأكثر ، ويدخل القليل في الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين لأن الكل شيء واحد ، ولا إلى إهدار أحدهما لأن كل واحد أصل من وجه فرجحنا بالكثرة ، وله أن الأصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعاً لان البطش يقوم بها . وأوجب الشرع في اصبع واحدة عشراً من الإبل ،

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه) أي في الاصبع الواحدة (عشر الدية) وفي بعض النسخ ففيها ، فالاصبع يذكـــر ويؤنث (وإن كان اصبعان فالخمس) أي الواجب خمس الدية (ولا شيء في الكف وهذا) أي وهذا الحكم (عند أبي حنيفة «رض» فـــلا ينظر إلى أرش الكف وأرش الاصبع) أي حكومة العدل في الكف والاصبع (فيكون عليه الأكثر ويدخل القليل في الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين) أي أرش الكف وأرش الاصبع يعني الجمع بين هـــذين الأرشين جمع اتفاق (لأن الكل شيء واحد) لأن ضمان الأصابع ضمان الكف والأصابع فهذا شيء واحد ، (ولا إلى إهدار أحدهما) أي ولا وجه أيضاً إلى إهدار أحدهما (لأن كل واحد) من الكف والأصابع (أصل من وجه) .

أما الاصابع فظاهر وأما الكف فأصل من حيث إن قيام الاصابع بـــه (فرجحنا بالكثرة) كما قلنا فيمن شج رأس شخص وتناثر بعض شعره حيـــث يدخل هناك الاقل في الاكثر (وله) أي ولابي حنيفة (أن الاصابع أصل والكف تبع حقيقة) أي من حيث الحقيقة (وشرعاً) أي من حيث الشرع وبين وجه الحقيقة بقوله: (لان البطش يقوم بها) أي بالاصابع ، وبين وجه الشرع بقوله : (وأوجب الشرع في اصبع واحـــدة عشراً من

والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ، ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الاصابع ، ولا شيء في الكف بالاجماع لأن الأصابع أصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما إذا كانت الاصابع قائمة بأسرها .

قال : وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل

الإبل، والترجيح من حيث الذات والحكم) أي من حيث الحقيقة والشرع (أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب) كما أن التقدير الشرعي ثابت بالنص، وما لم يثبت فيه تقدير يكون تقديره بالرأي ، والرأي لا يعارض النص ، وأما قولهما ان بالكثرة أولى نقلنا إنما يصار إلى الترجيح عند المساواة في القوة ولا مساواة بين النص والرأي .

واما مسألة الشعر فلا يكون تبعاً للآخر وفيما نحن فيه الكف تبع . كذا ذكره قاضي خان ، فلما كان الاعتبار عند ابي حنيفة للنص وتقدير الشرع لا يتفاوت بين ان يكون الباقي اصبعاً اكثر . ولهذا قال ابو حنيفة : إذا لم يبق من الاصبع إلا مفصل واحد ففي ظاهر الرواية عنده ارش ذلك المفصل او يجعل الكف تبعاً له لان ارش المفصل مقدر شرعاً ، وما بقي شيء من الاصل ، وإن قل لا حكم للتبع كما إذا بقي واحد من اصحاب الخطر في المحل لا يعتبر المكان ، وروى الحسن عن ابي حنيفة إذا كان الباقي دون اصبع يعتبر فيه الاقل والاكثر كقولهما فيدخل الاقل في الاكثر والاول اصح .

(ولو كان في الكف ثلاثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالإجماع لان الاصابع اصول في التقوم وللأكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما إذا كانت الاصابع قائمة بأسرها) ثم قطعت مع الكف .

ويقال هذا الشيء بأسره اى بجميعه ، كما يقال يومئذ .

(وفي الاصبع الزائدة) اى وفي قطع الاصبع الزائدة (يجب حكومة عدل) وبه قال الشافعي واحمد والثوري ، ولا يعلم لهم مخالف . وعن زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه قال : فيها ثلث دية الاصبع . وفي الذخيرة : فيها الحكومة سواء كان في العمد او

تشريفاً للآدمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة ، وكذلك السن الشاغية لما قلنا ، وفي عين الصبي وذكره ولسانه إذا لم يعلم صحته حكومة عدل . وقال الشافعي : تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فأشبه قطع المارن والاذن ، ولنا أن المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فإذا لم تعلم صحتها لا يجب الارش الكامل

في الخطأ ، وسواء كان للقاطع اصبع زائد ام لا .

(تشريفاً للآدمي) اى لاجل تشريفه لانه مكرم (لانه) اى لان الاصبع الزائدة (جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة) اى ولا جمال فيه قيل عليه انه منقوص بما إذا كان من ذقن رجل شعراته منفرة وازالها رجل ، ولم ينبت مثلها فإنه لم يجب فيه حكومة عدل ، وإن كان الشعر جزءاً من الآدمي بدليل انه لا يحل الانتفاع به ، واجيب بأن إزالة جزء الآدمي إنما يوجب حكومة عدل إذا بقي من اثره ما يشينه كما في قطع الاصبع الزائدة وإزالة الشعرات تزينه ولا تشينه ، فلا يوجبها ، كما لو قص ظفر غيره بغير إذنه (وكذلك السن الشاغية) بالشين والغين المعجمة ، اى الزائدة . يقال : شغيت اسنانه إذا اختلف بينها وتراكبت . وقيل الشغي ان تقع الاسنان العليا على السفلى ورجل اشغى وامرأة شغياء ومنه سميت العقاب شغياء لان مقدم مسيرها مطبق على الآخر جزءاً منها بكسر الميم لسباع الطير بمنزلة المستعار لغيرها (لما قلنا) إشارة الى قوله : لانه جزء من يده ، يعني كما ان الاصبع الزائدة جزء من المجني عليه ، كذلك السن الشاغية جزء فلا تجب الحكومة ، فكذا هنا .

(وفي عين الصبي ولسانه وذكره اذا لم يعلم صحته حكومة عدل) هذا لفظ القدورى «رح» فى مختصره . وقال المصنف «رح» (وقال الشافعى يجب دية كاملة) وبه قال أحمد ، وهو قول الثوري (لأن الغالب فيه الصحة فأشبه قطع المارن والأذن) من الصبي (ولنا أن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة ، فإذا لم يعلم صحتها لا يجب الأرش الكامل بالشك) لأن السلامة بالدليل وبالظاهر تثبت السلامة . (والظاهر لا يصلح حجة للالزام) إنما قيد

بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال ، وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام ، وفي الذكر بالحركة ، وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ .

قال : ومن شج رجلاً فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش

بالإلزام لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الإلزام حتى أنه لو أعتق صغيراً لا يعلم صحة هذه الأعضاء منه يقيناً يخرج عن عهدة الكفارة لان الغالب هو السلامة ، وقد تقدم من قبل في قوله ويجزيه رضيع وفي ذكر الخصى والعنين حكومة عدل عنده. وبه قال أحمد في رواية قال الشافعى فيها دية كاملة ، وبه قال مالك وأحمد في رواية في ذكر الخصى مثل قولنا ، وهو قول الثوري وقتادة وإسحاق (بخلاف المارن والأذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال) ومعنى الشاخصة المرتفعة عن شخص بالفتح شخوصاً . وقال في الجمهرة : شخص من مكان إلى مكان إذا سار في ارتفاع .

(وكذلك لو استهل الصبى) يعنى يكون في لسان الصبى حكومة عدل ما لم يتكلم، وإن استهل (لانه) أي لان استهلال الصبى (ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت) بالبكاء (معرفة الصحة فيه بالكلام) أي في الصوت .

(وفي الذكر بالحركة) أي ومعرفة الصحة في الذكر بالحركة عند البول .

(وفي العين) أي ومعرفة الصحة في العين (بما يستدل به على النظر ويكون بعد ذلك) أي بعد ما ذكر من الاشياء المذكورة (حكمه) أى حكم الصبى (حكم البالغ في العمد والخطأ) لانه حينئذ يتبين أنه أتلف منفعة العضو كاملة فيترتب للصبى على الجاني مثل ما يترتب للبالغ في حالة العمد وحالة الخطأ .

(قال) أى القدورى (ومن شج رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية) وبه قال الشافعى في القديم وقال في الجديد لا يدخل . وبه قال مالك

الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء ، فصار كما إذا أوضحه فمـــات ، وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية تجب بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده . وقال زفر رحمه الله : لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فـــلا يتداخـلان كسائر الجنايات ، وجوابه مـا ذكرنا . قال : وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية . قالوا هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ،

وأحمد والحسن وزفر في رواية . قال القدوري : فإن قيل من أين يعرف ذهـاب السمع والشم والبصر قيل له : يعرف ذلك باعتراف الجانى وتصديقه للمجنى عليه أو بنكوله عن اليمين وغير ذلك من الوجوه . (لان بفوات العقل تبطل منفعة جميـع الاعضاء) لانـــه يكون كالميت والملحق بالبهائم (فصار هذا كما إذا أوضحه فمات . وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط) أى لو نبت الشعر في موضع الشجـة يسقط الارش (والدية تجب بفوات كل الشعر ، وقد تعلقا بسبب واحد)أى تعلق أرش الموضحة والدية جميعاً بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الديـة الكل (فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطـــع اصبع رجـل فشلت يده) فيجب أرش اليد لا أرش الاصبع ، والاصل فيه وما أشبهه أن الجزء يدخل في الكل .

(وقال زفر رحمه الله لا يدخل) أرش الموضحة في الدية (لان كل واحد جنايـة فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا) قيل يعنى بـــه قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء ، وقيل قوله : وقد تعلقا بسبب واحد ، وهـو أشمل من الاول .

(وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية . قالوا) : أي

وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر . وجـــه الاول أن كلاً منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة إلى جميع الاعضاء على ما بينـــا ، وجه الثاني أن السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به .

المشايخ (هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله) قال في النهاية : ذكر أبى يوسف مع أبى حنيفة وقع سهواً لكونه مخالفاً لجميع روايات الكتب المتداولة فينبغي أن يذكر محمد «رح» مكان أبي يوسف (وعن أبى يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر) روى هذه الرواية عن أبى يوسف الحسن بن زياد فإن قيل : من أين يعلم ذهاب البصر والسمع والكلام قيل له : يعرف ذلك باعتراف الجانى وتصديقه للمجنى عليه أو بنكوله عن اليمين وغير ذلك من الوجوه فى معرفة ذلك .

(وجه الاول) هو أن أرش الموضحة لا يدخل فى الدية الواجبة بذهاب السمـــع والبصر والكلام (أن كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الاعضاء المختلفة) فلا يدخل بعضه فى بعض (بخلاف العقل) يعنى أن العقل ليس كـــذلك . (لان منفعته عائدة إلى جميع الاعضاء) فصار كالروح ولزوال الروح فى الشجة دخـل أرشها فى دية الروح فكذا إذا ذهب العقل (على ما بينا) أراد به قوله : لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء .

(وجه الثاني) يعنى قوله : وعن أبي يوسف (أن السمع والكلام مبطن) يعنى كل واحد منهما باطن (فيعتبر بالعقل) فيدخل أرش الموضحة فى ديته (والبصر ظاهر فـلا يلحق به) أى بالعقل فلا يدخل أرش الموضحة كاليد والرجل .

وقال الأكمل «رح» في قوله : والكلام مبطن . قيل : يريد بـه الكلام النفسي بحيث لا يفهم منها المعاني ولا يقدر على نظم المتكلم وإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقـــل عسير جـــداً وإن كان المراد بـــه التكلم بالحروف والأصوات نفى جعله مبطناً وظاهراً .

قال في الجامع الصغير : ومن شج رجلاً موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند أبي حنيفة . قالوا وينبغي أن تجب الدية فيهما . وقالا : في الموضحة القصاص . قالوا : وينبغي أن تجب الدية في العينين قال : وإن قطع أصبع رجل من المفصل الاعلى فشل مـــا بقي من الاصبع أو اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي أن تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل ، وكذلك لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافاً ،

(وفي الجامع الصغير من شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند أبي حنيفة) قال أبو الليث ولكن يجب عليه أرش الموضحة ودية العينين (قالوا) أي المشايخ (وينبغي أن تجب الدية فيهما) أي في الموضحة والعينين يعني أنه يجب أرش الموضحة وديـــة العينين .

(وقالا) أي أبو يوسف ومحمد (في الموضحة القصاص قالوا) أي المشايخ في شروحهم (وينبغي أن تجب الدية في العينين) أي على قولهما ، وإنمـا كرر لفظ قالوا لأن الأول في قول أبي حنيفة والثاني في قولهما .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (وان قطع اصبع رجـــل من المفصل الأعلى فشل ما بقي من الأصبع أو اليد كلها) أي أو شلت اليد كلها ، والشلل فساد في اليد من باب علم (لا قصاص عليه في شيء من ذلك) أي باتفاق أصحابنا . وقال الأئمة الثلاثـــة رحمهم الله : لا يسقط القود عن الأصبع لأنــه عمد يمكن اعتبار المساواة فيه ، ولا يجب القصاص في الثاني في قول عن الشافعي ، وفي رواية عن أحمد (وينبغي أن تجب الديـة في المفصل الأعلى ، وفيما بقي حكومة عدل) وإنما قال ينبغي لأن محمداً لم يذكر هـذا في الجامع ، والمشايخ رحمهم الله قالوا هذا .

(وكذلك) أي الحكم وهو عدم القصاص (لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي) من السن المكسورة (ولم يحك) أي محمد (خلافاً) في المسألتين وأحمد في رواية والشافعي

وينبغي أن تجب الدية في السن كله ولو قال : اقطع المفصل واترك ما يلبس أو اكسر القدر المكسور أو اترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجباً للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال أشجه موضحة واترك الزيادة لهما في الخلافية ان الفعل في محلين . فيكون جنايتين مبتدأتين ، فالشبهة في إحداهما لا تتعدى إلى الاخرى كمن رمى إلى الرجل عمداً فأصابه ونفذ منه إلى غيره فقتله يجب القود

في قول إن لم يذهب نفعها وهو المختار عند أصحاب الشافعي (وينبغي أن تجب الدية فى السن كله ولو قال) أي المجنى عليه (اقطع المفصل واترك ما يلبس) من أرش اليد أو السن أو قال (أو اكسر القدر المكسور) من السن (واترك الباقي لم يكن له ذلك لأن الفعل فى نفسه ما وقع موجباً للقود فصار) حكم هذا (كما إذا شجه) أى كما إذا شج رجل رجلاً شجه (منقلة فقال أشجه) شجة (موضحة واترك الزيادة) ليس له ذلك لأن الجناية الأولى كانت سارية وهى ليست فى وسع المجنى عليه والمماثلة شرط وجوب القصاص فلم تنعقد تلك الجناية موجبة للقصاص في الابتداء ، وإنما انعقدت موجبة للمال ولا يكون له على القصاص سبيل (لهما) أي لأبى يوسف ومحمد (فى الخلافية) أي فى المسألة الخلافية وهى ما إذا شج موضحة فذهبت عيناه (أن الفعل) وقع (فى محلين) مختلفين حقيقة .

(فيكون جنايتين مبتدأتين ، فالشبهة فى إحداهما) أى فى أحد الجنايتين (لا تتعدى إلى الأخرى) أى إلى الجناية الأخرى ، والأصل فى هذا أن الجناية إذا وقعت فى مجلسين متباينين حقيقة فوجوب المال فى أحدهما لا يمنع وجوب القود فى الآخر وهو قول الائمة الثلاثة أيضاً ، ومتى وقعت فى محل واحد وأتلف شيئين ، أحدهما يوجب القود والآخر يوجب المال ويجب بلا خلاف بين أصحابنا خلافاً للأئمة الثلاثة .

(كمن رمى إلى رجل عمداً فأصابه ونفذ) أى رميه (منه إلى غيره فقتله يجب القود

في الاول ، وله أن الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل ، وليس في وسعه الساري فيجب المال ، ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة . وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر ، فأورثت نهايته شبيهة الخطأ في البداية ، بخلاف النفسين ، لان أحدهما ليس من سراية صاحبه . وبخلاف ما إذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلاً مقصوداً .

فى الاول) دون الثانى ، وتجب الدية فى الثانى . وكذا إذا قطع اصبعاً فاضطرب السكين فأصاب اصبعاً آخر خطأ منه فإنه يقتص فى الأولى بالإجماع دون الثانيه .

(وله) أى ولابى حنيفة «رح» (أن الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال) لان الجراحة التي يعمل القصاص قد لا تكون سارية ، إذ ليس في وسعه فعل ذلك لا يكون مثلا للأولى ولا قصاص بدون المماثلة (ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة) أى الثابتة حالة الشج (وكذا المحل) أى محل الجنايتين (متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فأورثت نهايته شبهة الخطأ فى البداية) والشبهة تعمل على الحقيقة فيما يندرىء بالشبهة أن لا يعمل فى المال ، لانه يثبت مع الشبهة فكيف يسقط بها فيجب ديتان .

(بخلاف النفسين) هذا جواب عن قولهما كمن رمى إلى رجل عمداً فأصابه ونفذت إلى غيره فقتله ، ووجه ذلك هو قوله (لان أحدهما ليس من سراية صاحبه) ولا يتصور سراية الفعل من شخص إلى شخص ويتصور ذلك فى شخص واحد .

(وبخلاف ما إذا وقع السكين على الاصبع) هذا جواب عما قال إذا قطع أصبع رجل عمداً فاضطرب السكين فوقع على اصبع آخر فقطعها يقتص للأولى دون الثانية ، فما بال مسألتنا لم تكن كذلك ، ووجهه أن القطع الثانى إنما لم يورث الشبهة فى القصاص ، لانه فعل مقصود . وأما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود ، وهو معنى قوله (لانه ليس فعلاً مقصوداً) وهو معنى قوله لانه ليس فعلا مقصوداً فى مسألتنا ، وفيما إذا وقع

قال وإن قطع إصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند أبي حنيفة « رح » . وقالا وزفر والحسن .

سكين على الاصبع قد صار فعلا مقصوداً . وقال الاكمل «رح» الضمير فى لانه عائد إلى ذهاب العين بالسراية ، وبهذا التوجيه يندفع ما قال فى النهاية أن فى قوله لانه ليس فعلا مقصوداً نظر ، وإن الصواب ما ذكره فى الذخيرة انه مقصود ، ولكن ليس من أمره، فإنه رجع الضمير إلى الفعل الثانى فاختل الكلام ، وقد ذكر المصنف فرقين بناء على ما ذكر من الدليل الاول بالنسبة إلى الاول ، والثاني إلى الثاني .

وقال السكاكي قوله وبخلاف السكين إذا اتصل بالاخرى لان القطع فى الاصبع الاخرى ليس من أثر الفعل الاول ، بل الفعل وقع عليه مقصوداً ، فيتقرر بحكمه، يعنى أن القطع في الاصبع الأخرى لا يقصد من الأولى ، إذ الخطأ لا تصل من العمد ولا يمكن أن يجعل القطع الثاني تتمة الأول ، فلا يورث شبهة ، وكذا قال فخر الإسلام وصاحب الإيضاح . وذكر في النهاية وبهذا يعلم أن فيما قاله في الكتاب ليس مقصوداً نظر ، وأن الصواب فيما ذكره فخر الإسلام وصاحب الإيضاح. أجيب عن كلامه بما ذكره في الكتاب من حيث المعنى ، والتأويل ما قالاه فيكون صحيحاً لما قلنا أن الضمير في لأنه يرجع إلى القطع فى اصبع أخرى .

وقال الأترازي قوله بخلاف السكين إذا انسل إلى الاصبع الاخرى فقطعها،لان قطع الاخرى حصل ابتداء بالإنسلال لا بالسراية ، فلم يكن ذلك شبهة بالاصبع الاولى لعدم اتحاد الفعل ، وهذا هو الفرق الصحيح . وما قال صاحب الهداية بقوله وبخلاف ما إذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصوداً فيه نظر انتهى . قلت قد أجيب عن النظر فيما ذكرنا يعلم بالإمعان في التأمل .

(قال) أي القدوري (وإن قطع اصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى ، فلا قصاص في شيء من ذلك) وعليه دية الاصبعين (عند أبي حنيفة «رح» . وقال أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن «رح») يعني إبن زياد نقله عنه الاكمل وقالا وزفر فكذلك قال ، ولو قال وقالا فيها وزفر كان صواباً وذلك انه لا يجوز أن يعطف على الضمير المرفوع إلا إذا

يقتص من الاولى ، وفي الثانية إرشها ، والوجه من الجانبين قــد ذكرناه . وروى ابن سماعة عن محمد في المسألة الاولى ، وهو ما إذا شج موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما ، لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيــه القصاص ، بخلاف الخلافية الاخيرة ، لان الشلل لا قصاص فيه ، فصار الاصل عند محمد « رح » على هذه الرواية إن سراية ما يجب فيــه القصاص إلى ما تمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص ، كما لو آلت إلى النفس وقد وقع الاول ظلماً .

أي إلا في صورة الشعر (يقتص من الاولى) في الاصبع الاول(وفي الثانيــة) أي وفي الاصبع الثانية يجب (أرشها والوجه من الجانبين) أي من جانب أبي حنيفة وجانب هؤلاء (قد ذكرناه) يريد به قوله ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه ... إلى آخره .

(وروى ابن سماعة عن محمد في المسألة الأولى وهو ما إذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما) أي في الموضحة والبصر جميعاً (لأن الحاصل بالسراية مباشرة) يعني بمنزلة المباشرة ثم نظر ذلك بقوله (كما في النفس) يعني ألا ترى أنه لوقطع يد إنسان فسرى إلى نفسه يجب القصاص (والبصر يجري فيــه القصاص) ألا ترى أنه لو شجه موضحة وباشر سبب ذهاب البصر يجب القصاص فيهما كذلك هنا .

(بخلاف الخلافية الأخيرة) وهي قوله فان قطــع إصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى (لأن الشلل لا قصاص فيه) ويجب الإرش (فصار الأصل عند محمد « رح » على هــذه الروايــة) أي رواية ابن سماعة (أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص كما لو آلت إلى النفس) قــال شيخنا العلاء رحمه الله أي كما لو آلت الجراحة ووصلت إلى النفس ، فإن قطع أصبع رجل عمداً فسرى ومات يجب القصاص (وقد وقع الأول ظلماً) أي محمد « رح » فيكون موجباً للقصاص .

ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسبيب، ألا ترى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب . بخلاف السراية إلى النفس ، لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة . قال ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص إلا على رواية ابن سماعة ، ولو أوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين هاتين . قال ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الإرش في قول أبي حنيفة « رح »

(ووجه المشهور) أي القول المشهور عن محمد (أن ذهاب البصر بطريق التسبيب ، ألا ترى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب) عندنا وأكثر أهل العلم إلا في رواية عن مالك ، وعن الشافعي في قول (بخلاف السراية إلى النفس لأنه لا تبقى الأولى) أي لا تبقى الجناية الأولى معتبرة ، فاذا كان كذلك (فانقلبت الثانية مباشرة) أي فانقلبت الجناية الثانية بطريق المباشرة ، فيجب القصاص .

(قال) أي المصنف ذكر هذه المسألة والتي تليها ايضاً على سبيل التفريع (ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص إلا على رواية ابن سماعة ، ولو أوضحة موضحتين) أي ولو شجه شجتين موضحتين (فتآكلتا) أي صارتا واحـــدة بالأكل (فهو على الروايتين هاتين) أي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمد يعني لا قصاص على المشهور وفيها القصاص على رواية ابن سماعة . وقال الكرخي «رح» في مختصره وقال محمـد «رح» إذا ضربه بعضاً فأوضحه ثم عاد فضربه إلى جانبها ثم تآكلتا حتى صارتا واحـــدة منهما موضحتان يقتص منه . وفي السير وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة « رح » فمن ضرب سن رجل عمداً فكسر بعضها وحركت ما بقي فإنه يؤجل سنة ، فإن سقطت أو اسودت فلا قصاص فيه . وقال أبو يوسف إن سقطت فيه القصاص .

(قال) أي القدوري «رح» (ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الإرش) أي هاهنا لفظ القدوري ولم يذكر خلاف اصحابنا عنه . وقال المصنف سقط الإرش (في قول أبي حنيفة) وإن كان أخذها ردها ، وبه قال أحمد والشافعي رحمهما الله في قول .

وقالا عليه الإرش كاملاً ، لأن الجناية قد تحققت ، والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى . وله أن الجناية انعدمت معنى ، فصار كما إذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الإرش بالإجماع ، لأنه لم يفت عليه منفعة ولا زينة . وعن أبي يوسف « رح » أنه تجب حكومة عدل لمكان الألم الحاصل . ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم، فعلى القالع الإرش بكماله لأن هذا مما لا يعتد ، إذ العروق لا تعود ،

(وقالا عليه الإرش كاملا) ولا يردها لو أخذها ، وبه قال مالك والشافعي «رح» في قول (لأن الجناية قد تحققت) والعادة عدم العود (والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى) بخلاف سن الصبي ، فإنها معرضة للنبات ، ولهذا قيل يستأنى في سن الصبي حولاً دون البالغ .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن الجناية انعدمت معنى) لأنه عاد مكانها مثل الذي تلفت فلم يجب شيء (فصار كما إذا قلع سن صبي ونبتت لا يجب الإرش بالإجماع) قيد بالإرش لأنه روى في مختصر الكرخي عن أبي يوسف أنه يجب فيه حكومة العدل وفي الأجناس عن المجرد قال أبو حنيفة لو نزع سن رجل فنبت نصف السن كان عليه نصف قيمتها (لأنه لم يفت عليه) أي على المنزوع سنة (منفعة ولا زينة) .

(وعن أبي يوسف « رح ») هذا متعلق بقوله وقالا عليه الإرش كاملا ، أي روى عن أبي يوسف (انه تجب حكومة عدل لمكان الألم الحاصل) أي يقوم بالألم وبدون الألم فيجب ما انتقص .

(قال) أي المصنف (ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الإرش بكماله) وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله في رواية القاضي . وقال احمد في رواية تجب الدية ، وعليه الحكومة لنقصانها (لأن هذا مما لا يعتد به ، إذ

وكذا إذا قطع أذنه فألصقها فالتحمت ، لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه ، ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبت سن الأول ، فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم لأنه تبين انه استوفى بغير حق ، لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ، ولهذا يستأني حولاً بالإجماع ،

العروق لا تعود) لأن هذا السن يكون في حكم الميت . قال محمد إن كانت اكثر من قدر الدرهم لم يجز الصلاة فيها ولم يكن عوضاً عن الفائت . وقال أبو يوسف إذا أعادها إلى موضعها يجوز الصلاة فيها ، وفي سن غيره لا يجوز ذلك (وكذا) أي وكذا يجب الإرش بكماله (إذا قطع أذنه) أي أذن غيره (فالصقها) بأن خاطها (فالتحمت) وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية . وقال الشافعي في قول وأحمد في رواية تجب الحكومة ولا تجب الدية (لأنها) أي لان الأذن (لا تعود إلى ما كانت عليه) وهذا ظاهر .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول ، فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم) أي المنزوع منه (لأنه تبين أنه استوفى بغير حق) وبه قال الشافعي في قول وأحمد«رح» في قول هو هبةمبتدأة فلا تجب عليه شيء فهو قياس قول مالك في جامع المحبوبى ، هذا إذا نبت السن المنزوعة كالاول ، فإن نبت معوجاً يجب حكومة العدل (لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ، ولهذا يستأني حولاً) أي يؤجل سنة لاستيناء الانتظار ، يقال استيناء نبته ، أي انتظرته ، ومنه يستان الجراحات ، أي ينظر ما لها ، وأصله من أتى يأتي (بالإجماع) قال السكاكي قوله بالإجماع يخالفه رواية التتمة فإنه ذكر فيها أن سن البالغ إذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لأن نبات سن البالغ نادر فلا يقدر التأجيل إلا أن قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الإرش لأنه لا يدري عاقبته .

وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك القصاص ، إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول ، لأنه تنبت فيه ظاهراً ، فإذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص ، وإذا نبتت تبين أنا أخطأنا فيه ، والإستيفاء كان بغير حق ، إلا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال . قال ولو ضرب إنسان سن إنسان فتحركت يستأني حولاً ليظهر أثر فعله ، فلو أجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنة فاختلفا

(وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك القصاص ، إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق ، فاكتفينا بالحول) لأنه مشتمل على الفصول الاربعة التي تشمل على الطباع الاربعة الحرارة والبرودة والرطوبة واليبوسة ، فلعل فصلاً منها وافق طبع المجني عليه فتبرأ جراحته وتلتئم (لأنه تنبت فيه ظاهراً ، فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص ، وإذا نبتت تبين أنا أخطأنا فيه ، والاستيفاء كان بغير حق ، الا انه لا يجب القصاص للشبهة) لأن فعله في الظاهر حين استوفى القصاص كان حقاً فصار ذلك شبهة في سقوط القصاص (فيجب المال) حينئذ . وقول الناطفي في الاجناس من نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة قال أبو يوسف رجل قلع سن رجل فانتظر بها حولاً ، أي انتظر بسن الصغير وقضى عليه بإرشها ، وإلى هذه الرواية قال بعض اصحابنا مثل خواهر زاده وغيره .

وقال الناطفي ايضاً قال في المجرد ولو قلع سن رجل ينبغي للقاضي أن يأخذ ضميناً من النازع للمنزوع سنة ويؤجل سنة منذ يوم نزع سنه ، فاذا مضت سنة ولم تنبت اقتص له ، وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ وسن الصغير ، بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعاً ، واليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما .

(قال) أي المصنف ذكره على سبيل التفريع وهو من مسائل الاصل إلى قوله ومن شج رجلا فالتحمت (ولو ضرب إنسان سن انسان فتحركت يستأني) أي ينتظر (حولاً ليظهر أثر فعله ، فلو أجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقط سنه فاختلفا) أي

قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيداً ، وهذا بخلاف ما إذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب ، لأن الموضحة لا تورث المنقلة . أما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا ، وإن اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب ، لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الأجل الذي وقتـــه القاضي لظهور الأثر ، فكان القول للمنكر ، ولو لم تسقط

الضارب والمضروب (قبل السنة فيما سقط بضربه) فقال الضارب سقطت بضربة غيري وقال المجني عليه بضربك (فالقول للمضروب) وبه قال الشافعي في الأصح وأحمـــد (ليكون التأجيل مفيداً) يعني لو لم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء ، إذ التأجيل لظهور عاقبة الامر .

(وهذا) أي وهذا الذي ذكرناه (بخلاف ما إذا شجه موضحة فجاء وقد صارت) أي الموضحة (منقلة فاختلفا) أي وقال المشجوج صارت منقـــلة من ضربك ، وانكر الضارب (حيث يكون القول قول الضارب ، لان الموضحة لا تورث المنقلة) لان الشجة الموضحة بعدما وقعت موضحة لا يكون سبباً لنقله العظم عـادة ، بل يكون ذلك أثر بسبب حادث فلا يبقى الظاهر شاهداً للمضروب ، فلا يكون القول قوله .

(أما التحريك فيؤثر في السقوط) أي اما تحريك السن فله تأثير في سقوطه فيكون القول قول المضروب ، وبهذا حصل الفرق بين المسألتين ، أشار بقوله (فافـــترقا) أي الحكم المذكور في المسألة الاولى والحكم المذكور في الثانية ، وكان القياس ان يكون القول للضارب فيهما ، لانه منكر ، ولكن في الاستحسان فرق بينهما في الوجـــه الذي ذكره المصنف .

(وإن اختلفا في ذلك) أي وان اختلف الضارب والمضروب في سقوط السن (بعد السنة) فقال المضروب سقطت بضربك ، وقال الضارب بل سقطت بأمر حادث (فالقول للضارب ، لانه ينكر أثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر ، فكان

لا شيء على الضارب . وعن أبي يوسف « رح » أنه تجب حكومة الألم وسنبين الوجهين بعـــد هذا إن شاء الله تعالى ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الإرش في الخطأ على العاقلة ، وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص ، لأنه لا يمكنه أن يضربه ضرباً تسود منه ، وكذا إذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لمـــا ذكرنا .

وكذا لو احمر أو اخضر .

القول للمنكر ، ولو لم تسقط) يعني إذا تحركت السن ، ولو لم تسقط ولم يحصل فيهاعيب كالأسود أو نحوه (لاشيء على الضارب وعن أبي يوسف « رح » انه تجب حكومة الالم) وفي بعض النسخ وعن أبي حنيفة «رح» مكان أبي يوسف ، والأول أصح ، لانه ذكر في الذخيرة وغيرها قول أبي يوسف في هذا الموضع (وسنبين الوجهين بعد هـذا إن شاء الله تعالى) والوجهان هما قوله ولا شيء على الضارب ، وقوله حكومة الالم والموعود فيما بعد هذا هو قوله سقط الإرش عند أبي حنيفة ... إلى آخره .

(ولو لم تسقط) أي السن (ولكنها اسودت يجب الإرش في الخطأ على العاقلة ، وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص ، لانه لا يمكنه أن يضربه ضرباً تسود منه ، وكذا إذا كسر بعضه اسود الباقي لا قصاص عليه لما ذكرنا) أراد به قاله لأنه لا يمكنه أن يضربه ضرباً يسود منه .

(وكذا) أي وكذا لا قصاص (لو احمر) أي السن (أو اخضر) بل يجب الإرش في الخطأ على العاقلة ، وفي العمد في ماله. وقالت الائمة الثلاثة يجب الحكومة فيالاصفرار وفي الإحمرار وفي الإخضرار كذلك عند الشافعي ومالك وأحمد في رواية عن أحمـــد يكون كالاسوداد ، ولو اصفر فيه روايتان روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن فيـــه الحكومة ، وذكر هاشم عن محمد عن أبي حنيفة قال لا يجب شيء ، وفي المملوك يجب الحكومة . وقال محمد ففيها إذا اصفرت حكومة حراً كان المضروب أو عبداً . وقـــال أبو يوسف أيضاً فيها حكومة . وقال أبو يوسف إن كثرت الصفرة حتى يكون عيبـــاً

قـــال ومن شج رجلاً فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الإرش عنـد أبي حنيفة «رح» لزوال الشين الموجب. وقـال أبو يوسف «رح» يجب عليه إرش الألم وهو حكومة عدل ، لأن الشين إن زال فالألم الحاصل ما زال فيجب تقويمه . وقال محمد «رح» عليه أجرة الطبيب وثمن الدواء ، لأنه إنمـــا لزمه أجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله ، فصار كأنه أخــــذ ذلك من ماله ، إلا أن أبا حنيفة يقول إن المنافع على أصلنا لا تتقوم إلا بعقد أو بشبهة ولم يوجد في حق الجاني ، فلا يغرم شيئاً . قال ومن ضرب رجلاً مائة سوط

كمبيب الخضرة والحمرة ففيها بمثلها تاماً . وقال زفر إذا اصفرت ففيها إرشها تاماً ، الكل ذكره الكرخي رحمه الله .

(قال) أي القدوري (ومن شج رجـــلا فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الإرش عند أبي حنيفة لزوال الشين الموجب . وقال أبو يوسف يجب عليه إرش الألم وهو حكومة عدل ، لأن الشين) أي لأن الشين الموجب (إن زال فالألم الحـــاصل ما زال ، فيجب تقويمه) [1]

(وقال محمد عليه أجرة الطبيب) لأنه إنما لزمه أجرة الطبيب (وثمن الدواء ، لأنه إنما لزمه أجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله ، فصـار كأنه أخذ ذلك من ماله) أي من مال المجني عليه ، لأنه ألجأه إلى هذا (إلا أن أبا حنيفة «رح» يقول إن المنافع على اصلنا لاتتقوم إلا بعقد) أي مطلق الشبهة العقد كالإجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة (أو بشبهة) أي بشبهة العقد المطلق كالإجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة (ولم يوجد في حق الجاني) عقد ولا شبهة (فلا يغرم شيئاً) كما لو لطمه والمه .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرىء منها

---

(١) وجد هذا البياض في النسخة وسببه لا يفهم ، والله أعلم .

فجرحه فبرىء منها فعليه إرش الضرب ، معناه إذا بقي أثر الضرب فأما إذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة . قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البراء فعليه الدية وسقط إرش اليد ، لان الجناية من جنس واحد ، والموجب واحد وهو الدية ، وإنها بـــدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف في النفس كأنه قتل إبتداء . قال ومن جرح رجلاً جراحة لم يقتص منـه حتى يبرأ .

فعليه إرش الضرب ، معناه إذا بقى أثر الضرب) قال الاترازي وقـع بيانها مكرراً فى الهداية ، لأنه استوفى بيانها في فصل قبل الشهادة فى القتل. وأراد بالإرش إرش الضرب وهو حكومة العدل . قال الصدر الشهيد هذا إذا بقى أثر الضرب (فأما إذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجه الملتحمة) والذي مضى هناك انه لا يلزمه شيء عند أبي حنيفة «رح» ويجب ارش الالم عند أبى يوسف وأجرة الطبيب عند محمد ، وإنما قيد بقوله جرحه لأنه إذا لم يجرحه فى الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق .

(قال) أي القدوري (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البراء) أى قتله خطأ ايضاً ، لانه إذا كان القتل عمداً يؤخذ بالأمرين جميعاً ، وقيد بما قبل البرء ، لأنه بعد البرء يؤخذ بالأمرين جميعاً (فعليه الدية وسقط ارش اليد ، لأن الجناية من جنس واحد) لأن الجنايات المتفقة بمنزلة الجناية الواحدة ، لأن كل واحد منها خطأ (والموجب واحد وهو الدية ، وانها) أى وإن الدية (بدل النفس بجميع أجزائها فدخـــل الطرف فى النفس كأنه قتله ابتداء) فلو قتله ابتداء لم يكن الواجب إلا دية لا غير ، فكذا هــذا ، ولا شبهة هنا إذا قطع يده خطأ ثم قتله عمداً ، لأنهما جنايتان مختلفتان ، واختلاف الجنايتين كاختلاف الجانيين .

(قال) أي القدوري (ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص) من الجـــارح حتى يبرأ ، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم ، وقال ابن المنذر كل من يحفظ (منه حتى يبرأ)

وقـــال الشافعي يقتص منـه في الحـال اعتبـاراً بالقصـاص في النفس ، وهذا لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل . ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ، ولأن الجراحات يعتبر فيهـــا مآلها لا حالها ، لان حكمها في الحال غير معلوم ، فلعها تسري إلى النفس فيظهر انه قتل ، وإنما يستقر الامر بالبرء . قال وكل عمـــد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل ،

العلم يرى الانتظار (وقال الشافعي يقتص منه فى الحال اعتباراً بالقصاص فى النفس)أي قياســـاً عليه (وهذا) أى وجوب القصاص في الحال (لأن الموجب قد تحقق فـــلا يعطل) أي بعد التحقق .

(ولنا قوله عليه السلام) أى قول النبي ﷺ (يستأنى في الجراحات سنة) هذا أخرجه الدارقطني في سننه عن يزيد عن ابن عياض عن أبي الزبير عن جابر رضى الله تعـالى عنه قال ، قال رسول الله ﷺ تقاس الجراحات ثم يستأنى بها سنة ، ثم يقضى بها بقـدر ما أبهت . قال الدارقطني يزيد بن عياض ضعيف متروك ، وأخرجه البيهقي عن ابن لهيعه عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً ، وأعله ابن لهيعة ، وقال الاترازي ولنـا ما روى أصحابنا في كتبهم عن جابر ، ثم ذكر الحديث الذي ذكره المصنف ، قلت الخصم لا يرضىبهذا وهو يعلم بذلك ، لكنه كان لم يقف على من أخرجه .

(ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها) أى لا يعتبر حالهـــا (لأن حكمها فى الحال غير معلوم ، فلعلها تسرى إلى النفس ، فظهر أنه قتل ، وانما يستقر الامر بالبرء) أو بالسراية ، فإذا استوفينا القصاص في الحال استوفينا ما ليس يستقر فلا يجوز ذلك . وقوله إن العلة تحققت فلا نسلم ذلك،لأن الجراحة علة لوجوب القصاص فيما دون النفس بعد البرء أو علة لوجوب القصاص في النفس بعد السراية إلى النفسفلا ينعقد علة لأحد الأمرين قبل أن يظهر الحال انه قيل لم يقطع ، فينبغي أن ينتظر ليعلم الواجب فيه .

(قال) أى القدوري (وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل ،

وكل إرش وجب بالصلح فهو في مـــال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمداً، الحديث، وهذا عمد غير ان الاول يجب فيه ثلاث سنين ، لانه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبه شبهة العمد ، والثاني يجب حالاً لانه مال وجب بالعقد فأشبه الثمن في البيـــع . قـــال وإذا قتل الأب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين .

وكل إرش وجب بالصلح فهو فى مال القاتل لقوله عليه السلام) أى لقول النبي ﷺ (لا تعقل العواقل عمداً) هذا الحديث غريب مرفوع . وأخرجـــه البيهقي عن الشعبي عن عمر رضى الله تعالى عنه قال العمد والعبد والصلح والاعتراف لا تفعله العاقلة . وأخرجـــه أبو عبيد القاسم بن سلام في آخر كتابه غريب الحديث كذلك من قول الشعبي .

واختلفوا فى تأويل العبد فقال محمد بن الحسن الشيباني معناه أن يقتـــل العبد حراً فليس على عاقلة مولاه شيء من جنايته ، وإنما هي فى رقبته ، وقال ابن أبي ليلى معناه ان يكون العبد يجني عليه فيقتله حر أو جرحه فليس على عاقلة الجاني إنمـا عنه في ماله خاصة (الحديث) أى الحديث بتمامه ، وأقر الحديث ... إلى آخره ، وتمامه لا تفعـــل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً (وهذا عمد) أشار به إلى قوله أو كل عمد سقط فيه القصاص ... إلى آخره .

(غير أن الاول) أراد به دية العمد الذي سقط القصاص فيه شبهة (يجب في ثلاث سنين ، لانه قال وجب بالقتل ابتداء) يعني لا يفعل يحدث بعد القتـــل كالصلح (فاشبه شبهة العمد ، والثاني) أى الإرش الواجب بالصلح (يجب حالا ، لانه مال وجب بالعقد) أى بالصلح فأشبه الثمن فى البيع ، فإن شرط فيه أجل كان مؤجلا ، وان لم يشترط كان حالاً (فأشبه الثمن فى البيع) فان شرط فيه أجل كان مؤجلا وإن لم يشترط كان حالاً . والحاصل أن كل ذلك في مال العاقل في الوجهين ، غير ان في الأول مؤجل في ثلاث سنين وفى الثاني حال في مال العاقل ايضاً .

(قال) أي القدوري (وإذا قتل الاب ابنه عمداً فالدية في ماله فى ثلاث سنين .

وقال الشافعي تجب حالة ، لان الاصل أن ما يجب بالإتلاف يجب حالاً ، والتأجيل للتخفيف في الخاطيء ، وهـذا عامد فلا يستحقه ، ولأن المـال وجب جبراً لحقه ، وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل . ولنا أنـه مال واجب بالقتـل ، فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد ، وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل ، والتقوم ثبت بالشرع ، وقد ورد بـه مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لاسيما إلى زيادة ، ولمـا لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدراً لا يجوز وصفاً .

وقال الشافعي تجب حالة) وبه قال مالك وأحمد (لان الاصل أن مايجب بالإتلاف يجب حالاً ، والتأجيل للتخفيف فى الخاطيء ، وهذا عامد فـلا يستحقه) أى فلا يستحق التخفيف (ولان المال) دليل آخر للشافعي ، أي ولان المال فيما ذكر (وجب جبراً لحقه) أى لحق المقتول الجبر إن لم يسمع ، بل المسموع الجبر. قال الجوهري الجبر أن يبني الرجل من نقر أو يصلح عظمها من كسر وقال جبرت العظم جبراً وجبر العظم بنفسه جبوراً ، أى يجبر (وحقه) أى وحق المقتول (فى نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل) أى فلاينجبر الحال بالمؤجل لعدم المماثلة .

(ولنا أنه) أى المال الذي وجب بقتل الاب ابنه (مال واجب بالقتل) أى بنفسه اختل ابتداء (فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد) حيث يجب مؤجلا (وهـذا) يشير به إلى بيان هذا بقوله (لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل) لان الآدمي والمال (والتقوم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا ، فلا يعدل عنه لا سيما إلى زيادة) حيث سقط القصاص بشبهة الابوة وليس فى الإسلام دم هدر ، والمال إن وجب ابتداء وجب من حيث الوصف فى المالية (ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدراً) أي من حيث القدر (لا يجوز وصفاً) أي من حيث الوصف .

وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا . ولأن الإقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة . قال وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة ، وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعداً ، والمعتوه

بيانه لم يجز العدول في التغليظ بزيادةالقدر بأن يزاد على مائة بعير فكذلك لا يجوز العدول فيه بزيادة الوصف وهو صفة الحلول ، لان وجوب المال بخلاف القياس ، فيقتصر على ما ورد الشرع به وهو التأجيل ، ثم اعلم أنه لا يجب القصاص على الأب لا يجب ايضاً على الأجداد والجدات في قتل الولد وجرحه ، ولكن تجب الدية عليهم في مالهم في ثلاث سنين ، وفي الخطأ الدية على العاقلة وعلى القاتل الكفارة ، كذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي.

(وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله) أراد بقوله كل جناية ما يوجب الدية ، لأنه إذا اعترف العمد يقتص به إذا لم يكن ثمة ما يمنع القصاص (ولا يصدق على عاقلته) لأنه يصدق على نفسه غيره،معترف على عاقلته ، فإذا لم يصدق عليهم بقيت الدية في ذمته كما كانت ، وتكون مؤجلة يؤدى عنه انقضاء كل سنة ثلثها ، لأنه مال يؤجل بالحول كالدين يؤجل والزكاة (لما روينا) أشار به إلى قوله ﷺ لا يعقل العاقلة عمداً ... الحديث . وفيه ولا اعترافاً .

(ولأن الإقرار لا يتعدى المقر) لأنه حجة قاصرة (لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة) لعدم ما يجاوزه عنه .

(قال) أي القدوري (وعمد الصبي والمجنون خطأ ، وفيه الدية على العاقلة، وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعداً) وهو منصوب على الحال والحال محذوف ، تقديره ولو زاد خمسمائة حال كونه الزائد فصاعداً (والمعتوه كالمجنون) أي حكمهما واحد . وفي المغرب المعتوه الناقص العاقل ، وقيل المدهوش من غير جنون وقرىء عتاهيه وعتاهية وعتها .

كالمجنون . وقـــال الشافعي عمده عمد حتى تجب الدية في ماله ، لأنه عمد حقيقة ، إذ العمـــد هو القصد ، غير انه تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص ، فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله . ولهـــذا تجب الكفارة ويحرم عن الميراث على أصله ، لأنها يتعلقان بالقتل ، ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه أنه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء ، ولأن الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطيء لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو أعذر أولى بهذا التخفيف ، ولا نسلم

(وقال الشافعي «رح» عمده) أي عمد كل واحد من الصبي والمجنون والمعتوه (عمد حتى تجب الدية في ماله ، لأنه عمد حقيقة إذ العمد هو القصد) أي لأن العمد في اللغـــة القصد ، فمن تحقق منه الخطأ ويتحقق منه القصد وقصده معتبر شرعاً في الجـلة ، ولهذا يؤدب ويعذر (غير أنه تخلف عنه أحد حكميه) أي أحد حكمي القتل وهما القصاص ووجوب المال (وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهوالوجوب في ماله، ولهذا) أي ولأجل ذلك (تجب الكفارة به) أي بالمال ، قيد به لأنه يجب الصوم بالإجمـــاع ، ووجوب الكفارة على الصبي والمجنون على أصل الشافعي «رح» ، وكذلك (ويحرم عن الميراث على أصله) أي على أصل الشافعي «رح» (لانها) أي لأن وجوب الكفارة بالمال والحرمان من الميراث (يتعلقـــان بالقتل) ومذهب مالك وأحمد كمذهبنا ، وفي قول الشافعي أيضاً كقولنا .

(ولنا ما روى عن علي رضى الله عنه جعل عقل المجنون على عاقلته ، وقـــال عمده وخطأه سواء) هذا أخرجه البيهقي ، قال روى أن مجنوناً سعى على رجل بسيف وضربه فبلغ ذلك إلى علي رضى الله تعالى عنه فجعل عقـــله على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء (ولأن الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطىء لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على

تحقق العمدية فإنها تترتب على العلم ، والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل ، فأنى يتحقق منهما القصد ، وصار كالنائم . وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لأنهما مرفوعا القلم .

(فصـــل في الجنين)

العاقلة فالصبي وهو أعذر) أي والحال ان الصبي أقوى عذراً (أولى بهذا التخفيف ولا نسلم) جواب عن قول الشافعي «رح» لأنه عمداً حقيقة ، أي يمنع (تحقق العمدية فإنها) أي فالعمدية (تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل ، فأنى يتحقق منهما القصد) أي من أين يتحقق من المجنون والصبي القصد (وصار كالنائم) الذي يرفع عنه القلم ما دام نائماً .

(وحرمان الميراث) جواب عن قوله ويحرم الميراث ، بيانه أن حرمان الميراث من مورثهما (عقوبة) أي الصبي والمجنون (وهما ليسا من أهـــل العقوبة) فلا يحرمان (والكفارة) جواب عن قوله والكفارة به بيانه أن الكفارة (كاسمها ستارة) لأنهـــا مشتقة من الكفر وهو الستر (ولا ذنب تستره) أي ولا ذنب لهما حتى تسترهما الكفارة (لأنهما مرفوعا القلم) لقوله ﷺ رفع القلم عن ثلاث ... الحديث .

(فصل في الجنين)

أي هذا فصل في أحكام الجنين هو على وزن فعيل بمعنى مفعول مجنون ، أي مستور من جنه إذا استره من باب طلب ، والجنين اسم الولد في بطن الأم ما دام فيه ، والجمع أجنة ، فاذا ولد يسمى ولداً ، ثم رضيعاً إلى غير ذلك على ما عرف في موضعه ، ولما ذكر أحكام القتل المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيانها في الآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين . وقال السرخسي الجنين ما دام في بطن أمه ليست له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الأم ، ولكنه منفرد بالحياة بعد ليكون نفساً له ذمة ، فباعتبار هذا الوجه

قال وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ففيه غرة وهي نصف عشر الدية . قال رضي الله عنه معناه دية الرجل ، وهذا في الذكر وفي الأنثى عشر ديـــة المرأة ، وكل منهما خمسمائة درهم ، والقياس أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بحياته ، والظاهر لا يصلح حجة

يكون أهلاً لوجوب الحق له من عتق أو إرث أو نسب أو وصية ولا اعتبار للوجه الأول يكون أصلاً لوجوب الحق عليه ، فأما بعدما يولد فله ذمة صالحة ، ولهـــذا لو انقلب على مال إنسان فأتلفه كان ضامناً له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولى عليه .

(قال) أي القدوري (وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ففيــه غرة وهي نصف عشر الدية) إلى هنا لفظ القدوري (قال رضي الله عنه معناه دية الرجل ، وهذا في الذكر) أي في الجنين الذكر (في الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم) لأن كل واحد من نصف عشر دية الرجـل ومن عشر دية المرأة خمسمائة درهم أو بغرة بضم الغين المعجمة وتشديد الراء وهو خيار المال كالفرس والبعير النجيب والعبد والأمة الفارهة ، كذا في المغرب . وفي مبسوط شيخ الإسلام سمي بدل الجنـــين غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة . وقيل لأنه أول مقدار ظهر في باب الدية ، وغرة الشيء أوله كما سمى اول الشهر غرة ، وسمى وجه الانسان غرة لأنه أول شيء يظهر منه الوجه

(والقياس أن لا يجب شيء) أي في الجنين (لانه لم يتيقن بحياته) لانه يحتمل أنه مات في بطن أمه بفعله ، ويحتمل أنه كان ميتاً قبل ذلك فلا يجب الضمان بالشك ، ولهذا لا يجب شيء في اجنة البهائم ، ألا ترى أنه من ضرب شاة فألقت جنيناً ميتــاً كان عليه نقصانها ولا شيء عليه في الجنين (والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) هذا جواب عما يقال الظاهر أنه حي أو معد للحياة ، فأجاب بقوله والظاهر لا يصلح أن يكون حجة لاستحقاق شيء كما في جنين البهيمة كما ذكره ، يعني لا يصلح حجة للإلزام على الغير ، وإنما قيد به لان الظاهر يعتبر إذا لم يكن فيه إلزام الغير كما في رضيع أحــد أبويه مسلم أعتقه عن كفارة القتل ، فأجاب لان الظاهر به سلامة الاعضاء من ذلك في أول كتاب الديات وبالقياس قال زفر ذكره في الذخيرة .

للإستحقاق . وجه الإستحسان ما روي عن النبي عليـــه السلام انه قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة ، ويروى أو خمسمائة فتركنا القياس بالأثر ، وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي « رح » . وهو على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة درهم .

(وجه الاستحسان ما روى أن النبي ﷺ أنه قال في الجنين غرة عبـد أو أمـــة قيمته خمسمائة) هذا غريب (ويروى أو خمسمائة) هــــذا رواه الطبراني في معجمه من حديث أبي المليح عن أبيه مطولاً وفيه غرة عبد أو أمة أو خمسمائة ، والحـــديث في الصحيحين عن أبي بكر رضى الله عنه أن النبي ﷺ قضى في جنين امرأة من بني لحيان بغرة عبد أو امة وليس فيه ذكر الخمسمائة . وروى محمد بن الحسن في موطأه عن مالك عن ابن شهاب عن معبد بن المسيب عن رسول الله ﷺ قضى في الجنين يقتل في بطن أمه بغرة عبد أو وليدة ، فقال الذي قضى عليه كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا استهل ومثل ذلك بطل ، فقال رسول الله ﷺ إنما هذا من أخوان الكفار . قوله غرة عبد أو أمة بالرفع ، لانه صفة الغرة وتغيرها ، ويروى بالإضافة والاول أحسن (فتركنا القياس بالاثر) أي بالحديث من النبي ﷺ وبالاثر من غيره .

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا اسماعيل بن عباس عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قوم الغرة خمسمائة دينار . وأخرج أبو داوود في سننه عن ابراهيم النخعي رضى الله تعالى عنــه قال الغرة خمسمائة ، يعني وأخرجهما (وهو) أي الحديث المذكور (حجة على من قدرهما) عشر الدية لا اختلاف فيه بيننا وبينهم في ذلك بحسب الاختلاف فى الدية ، فعندهم أن الدية اثنى عشر الفـــاً ، فالغرة (بستمائة نحو مالك والشافعي) عندنا عشرة آلاف بغرة خمسمائة .

(وهي) أي الغرة (على العاقلة) أى على عاقلة الضارب (عندنا إذا كانت خمسمائة درهم) يحترز به عن جنين الامة إذا كان لا يبلغ خمسمائة ، ولكن هـــذا لا يصلح لانها تجب في جنين الامة في مال الضارب ، ذكره في الايضاح والذخيره وغيرهما .

وقـال مالك تجب في ماله لأنـه بدل الجزء . ولنا أنه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ، ولأنه بدل النفس ، ولهذا سماه عليه السلام دية ، حيث قال دوه ، وقالوا أندي من لا صاح ولا استهل . الحديث

وقال الاترازي وقوله إذا كان خمسمائة كأنه سهو القـلم ، وينبغي أن يكون إذا بسكون الدال بلا الف بعدها ، يعني انها انما تجب على العاقلة ، لانها مقدرة بخمسمائة ، والعاقلة تعقل بخمسمائة ولا تعقل ما دونها ، ثم قال ويكلف بعضهم في توجيه ذلك ، وقال انه احتراز عن جنين الامة إذا لم يبلغ خمسمائة فذاك ليس بشيء ، لان ما يجب في جنين الامة فهو في مال الضارب حالاً ولا تتحمله العاقلة ، وبه صرح الكرخي في مختصره وقال الكرخي ايضاً ولا كفارة على الضارب والغرة ورثة الجنين ولا يرث الضارب منها شيئاً إن كان من ورثة الجنين ، ونقل الاكمل كلام الاثنين في شرحه . (وقال مـالك تجب) أي الغرة (في ماله لانه بدل الجزء) أي الجزء الآدمي ، فصار كقطع اصبع من أصابعه .

(ولنا أنه ﷺ قضى بالغرة على العاقلة) أي النبي ﷺ حكم بوجوب الغرة على عاقلة الضارب ، رواه ابن أبي شيبة في مصنفه من حديث الشعبي عن جابر رضى الله عنه أن النبي ﷺ جعل الجنين غرة على عاقلة القاتل (ولأنه بدل النفس) أي ولأن الغرة بدل النفس ، وذكر الضمير باعتبار المذكور (ولهذا) أي ولكونه بدل النفس (سماه ﷺ دية حيث قال دوه) أي أدوا ديته ، وهو أمر للجماعة ، وأصله اوديوه ، لأنه من راده بدية إذا أدى ديته ، وأصل بدية يوديه ، فحذفت الواو لوقوعها بين اليـاء والكسرة كما حذف في يعد ، أصله يوعد حذفت منه الواو ، ولذلك حذفت من الأمر تبعا لفعله ، فلمـا حذفت استغنت عن الهمزة ، فحذفت منها فصار دون على وزن همزة .

(وقالوا أندي) أي قال الذي أمره النبي ﷺ بالدية أندي (من لا صاح ولا استهل .. الحديث) أي اقر الحديث بتمامه ، وتمامه ما رواه الطـبراني في معجمه حدثنا محمد بن عبدالله الحضرمي حدثنا محمد بن أبي عبدالله بن أبي ليلى حدثني ابن أبي ليـلى عن الحـكم

إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة . وقال الشافعي في ثلاث سنين لأنه بدل النفس ، ولهذا يكون موروثاً بين ورثته .

ولنا ما روي عن محمد بن الحسن أنه قال بلغنا أن رسول الله عليه السلام جعل على العاقلة في سنة ،

عن مجاهد عن حمل بن مالك بن النابغة الهذلي كانت عنده امرأة فتزوج عليها أخرى فتغايرتا ، فضربت احداهما الاخرى بعمود فسطاط فطرحت ولداً ميتاً ، فقال لهم رسول الله ﷺ دوه ، فجاء وليها فقال أندي من لا شرب ولا أكل ولا استهل ، فمثل ذلك بطل ، فقال زجر الأعراب نعم دوه ، فيه غرة عبد أو وليدة ، انتهى . وحمل بفتح الحاء المهملة وبفتح الميم واللام اسم إحدى المرأتين مليكة ، والأخرى أم غطيف ، وقال أبو موسى المدنية الحافظ في كتاب الامالي في باب الغين المعجمة أم غطيف القدلية هي التي ضربتها أم مليكة فأسقطت .

(إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة) قال الاترازي هذا يتعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة ، وكأنه يقول إذا كانت الغرة أقل من خمسمائة درهم لاتعقل العاقلة كما في جنين الأمة ، وقال الأكمل قوله إلا أن العواقل جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة ، وأنتم قيدتم بقولكم إذا كان خمسمائة درهم وقد علمتم ما يرد عليه من النظر ، انتهى . قلت أراد به ما نقلناه عن السكاكي وعن الاترازي أنها (وتجب في سنته) أي تجب الغرة على العاقلة في سنته .

(وقال الشافعي «رح» في ثلاث سنين) أي تجب في ثلاث سنين ، فان قلت ذكر في وجيزهم إن غرة الجنين تجب في سنته كمذهبنا . وأجيب بأنه يحتمل أن يكون عن الشافعي «رح» روايتان فليتأمل (لانه) أي لان الغرة (بدل النفس) أي نفس الجنين ، وما وجب في قتل النفس مؤجل إلى ثلاث سنين (ولهذا) أي ولكونها بدل النفس (يكون موروثاً بين ورثته) أي ورثة الجنين سوى الضارب .

(ولنا ما روى عن محمد بن الحسن أنه قال بلغنا أن رسول الله ﷺ جعل على العاقلة في

ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الإتصال بالأم ، فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث ، وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة ، لأنه بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة ، بخلاف أجزاء الدية ، لأن كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث

سنة) هذا غريب (ولأنه إن كان يدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الإتصال بالأم) حاصل الكلام أن الجنين له شبهان بالنفس وبالعضو من حيث أنه حي بحياة ونفسه نفس على حدة ، ومن حيث أنه متصل بالأم فهو كعضو من أعضائها (فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث،وبالثاني)أي وعملنا بالشبه الثاني (في حق التأجيل إلى سنة ، لانه بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أو أكثر من نصف العشر يجب في سنة) أي تجب الغرة في سنة واحدة ، وقوله بدون الواو العاطفة في أوله هو الصحيح من النسخ ، وفي بعضها أو أكثر وكلاهما غير صحيح ، لان المراد أن يكون الاقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر ، وإنما يكون إذا كان أكثر صفة لاقل أو بدلاً منه .

وقال الاكمل وهل العطف بالواو ويقيد ذلك ايضاً ، ولكن لم يبين وجهه . وقال الاترازي ولنا التقييد بالاكثر نظر ، لانه إذا لم يكن أكثر من نصف عشر الدية بل كانت قدر نصف عشر الدية تجب في سنة ، وكان ينبغى أن يقول إذا كان بدل العضو نصف عشر الدية ، أي ثلثها تجب في سنة .

(بخلاف أجزاء الدية ، لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين) صورته أن يشترك عشرون رجلاً في قتل رجل خطأ ، فإنه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلاث سنين (ويستوى فيه) أى في وجوب قدر الغرة (الذكر والانثى) وهو قوله ﷺ في الجنين غرة عبد أو أمة ، وبه قال الشافعي وأحمد وعامة أهل العلم.

سنين . ويستوي فيه الذكر والأنثى لإطلاق ما روينا ، ولأن في الحيين إنما ظهر التفاوت لتفاوت معـــاني الآدمية ، ولا تفاوت في الجنينين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة ، فإن ألقت حياً ثم مات ففيه دية كاملة ، لأنه أتلف حياً بالضرب السابق وإن ألقت ميتاً ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها وقد صح أنه عليه

(ولان في الحيين) هذا دليل معقول على التساوى بين الذكر والانثى في الغرة ، وقوله الحيين بالحاء المهملة تثنية حي وإرادتهما للذكرين المنفصلين الحيين أو احدهما ذكر والاخرى انثى (إنما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية) بأن كان دية الذكر ألف دينار ، ودية الانثى خمسمائة دينار (ولا تفاوت في الجنينين) تثنية جنين بالجيم ومالكية التصرفات والشهادة وغيرها في الذكر ولا وجود هذا في الجنين حتى يتصور فيـه معنى التفصيل ، فينبغي وصف الآدمية فحسب ، فإذا كان كذلك (فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة) لانهما سواء في وصف الآدمية فقط به .

قال أي القدوري (فإن القت حياً ثم مات ففيه دية كاملة لانه) أى لان الضارب (أتلف حياً بالضرب السابق) ولا خلاف لاهل العلم فيه ، قاله ابن المنـــذر ، ولكنهم اختلفوا في هذه المسألة فى ثلاث فصول ، أحدها أنه أثبتت جناية بكل أمـــارة تدل عليها من الاستهلال والإرضاع أو النفس أو العطاس أو غيره ، وهو قولنا وقول الشافعى واحد . وقال مالك وأحمد في رواية والزهري وقتادة واسحاق ولا يثبت له حكم الحياة إلا بالاستهلال وهو الصياح وهو قول ابن عباس والحسن بن علي وجابر وعمر في رواية عنه الشافعي وقال أحمد والمزني لو كان سقوطه لستة أشهر فصاعداً تجب الدية الثالثة قال أحمد إنما تجب دية اذا علم موته بسبب الضربة لسقوطه في الحال وبقـــائه سالماً إلى أن يموت أو بقاء امه متألمة إلى أن تسقطه.

(وإن القت ميتاً ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بإلقائها) هـــذا أيضاً من القدوري (وقد صح أنه عليه السلام قضى فى هذا بالدية والغرة) لم يذكر أحـــد من

السلام قضى في هذا بالدية والغرة . وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعـــد ذلك حياً ثم مات فعليه ديـة في الأم ودية في الجنين ، لأنه قاتل شخصين . وإن ماتت ثم ألقت ميتـــاً فعليه دية في الأم ولا شيء في الجنين . وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين ، لأن الظاهر موته بالضرب فصار كما إذا ألقته ميتـــاً وهي حية . ولنا أن موت الأم أحد سببي موته ، لأنه يختنق بموتها إذا تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك .

الشراح هذا الحديث حتى قال المخرج نظرت في الكتب الستة فلم أجد بهذا المعنى والذي فيها عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه ان النبي ﷺ قضى في جنين امرأة من بني لحيان بغرة عبد أو أمة ، ثم إن المرأة التى قضى عليها بالغرة توفيت فقضى رسول الله ﷺ أن ميراثها لها ولزوجها ، وأن العقل على عصمتها .

(وإن ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيـاً ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري (لانه قاتل شخصين) وذلك لانه لما انفصل عنها حياً اعتبر حكمه بنفسه بدلالة أنه يجب فيه إرش كامل فصار قاتلاً للإثنين (وان ماتت ثم ألقت ميتاً فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين) هـــذا لفظ القدورى وبه قال مالك .

(وقال الشافعي «رح» تجب الغرة فى الجنين) وبه قال أحمد « رح » (لان الظاهر موته) أى موت الجنين (بالضرب فصار كما إذا ألقته) حال كونه (ميتاً وهي حية) أى والحال أن الام بالحياة .

(ولنا أن موت الام أحد سببي موته) أى موت الجنين ، والسبب الآخر الضرب (لانه يختنق بموتها ، إذا تنفسه بتنفسها) فيتمكن الاشتباه (ولا يجب الضمان بالشك) في سببه هلاكه حين الانفصال ، وقال تاج الشريعة فان قلت عموم قوله عليه السلام غرة

قال وما يجب في الجنين موروث عنه لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب ، حتى لو ضرب بطن امرأة فألقت ابنه ميتاً فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها ، لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل. قال وفي جنين الأمة إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان أنثى . وقال الشافعي « رح » فيه عشر قيمة الأم ، لأنه جزء من وجه ، وضمان الأجزاء يؤخذ

عبد أو أمة يتناول المتنازع فيه • قلت لا بد من اضماره فيصير كأنه قال في اتلاف الجنين والشك وقع في ذلك

(قال) أي القدوري (وما يجب في الجنين موروث عنه) يعني غرة الجنين بين ورثته . وقال الليث غرة الجنين لام الجنين (لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتاً فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها) أي ولا يرث الاب من الغرة (لانه قاتل بغير حق مباشرة) أي من حيث المباشرة لا من حيث التسبب (ولا ميراث للقاتل) بالنص .

(قال) أي القدوري (وفي جنين الامة إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان أنثى) بيانه انه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتاً على لونه .وهيأته لو كان حياً ينظر كم قيمته بهذا المكان ، فاذا ظهر فيعد هذا إذا كان ذكراً أوجب نصف عشر قيمته ، وإن كان أنثى وجب عشر قيمته ، ولو لم يعلم ذكورة الجنين ولا أنوثته يؤخذ بالمتيقن كالخنثى المشكل كمن قتل عمداً خطأ والمقتول خنثى مشكل فانه يجب المتيقن ، كذا هاهنا ولو ضاع الجنين ولا يمكننا تقويمه باعتبار لونه وهيأته لو كان حياً ووقع التنازع في قيمته كان القول للضارب ، لانه منكر للزيادة كما لو قتل عبداً خطأ ووقع في قيمته التنازع وعجز القاضي عن تقويمه باعتبار حاله وهيأته لو كان حياً كان القول للقاتل مع اليمين ، كذا هنا الكل من الذخيرة .

(وقال الشافعي « رح » فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجه وضمان الأجزاء يؤخذ

مقدارها من الأصل. ولنا أنه بدل نفسه، لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان من الأصل، ولا معتبر به في ضمان الجنين، فكان بدل نفسه فيقدر بها. وقال أبو يوسف «رح» يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتباراً بجنين البهائم، وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكره إن شاء الله تعالى

مقدارها من الأصل) لأنه جنين مات بالجناية في بطن الأم فلم يختلف ضمانه بالذكورة والأنوثة كجنين الحرة لإطلاق النصوص وبه قال مالك وأحمد وابن المنذر وهو قول الحسن والنخعي والزهري وقتادة وإسحاق. وعن بعض أصحاب الشافعي يعتبر قيمته يوم أسقطت.

(ولنا انه بدل نفسه) أي أن الغرة بدل نفس الجنين ويذكر الضمير على معنى وجوب الغرة (لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان في الأصل) حتى لو قطع سناً ثم نبت مكانه أخرى لم يجب شيء (ولا معتبر به) أي بظهور النقصان في الأم (في ضمان الجنين، فكان) أي ضمان الجنين (بدل نفسه فيقدر بها) أي بقيمة نفس الجنين ولابقيمة الأم، لأن وجوبه باعتبار معنى النفسية الخبرية.

(وقال أبو يوسف «رح» يجب ضمان النقصان) أي ضمان نقصان الأم (لو انتقصت الأم اعتباراً بجنين البهائم) أي قياساً على جنين البهائم، فإن النقصان يجب فيها بلاخلاف لأحد، هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البدن في وجوب الامة قول أبي حنيفة ومحمد، وهو ظاهر من قول أبي يوسف. وعن أبي يوسف في رواية أنه لا يجب القصاص ... الام أن تمكن فيها نقص، وإن لم يتمكن لا يجب شيء كما في البهيمة.

(وهذا) أي هذا الخلاف (لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده) أي عند أبي يوسف «رح»، وعندهما ضمان الجنايات (على ما نذكره إن شاء الله تعالى) أشار به إلى ما ذكره في باب جنايات المملوك في اول الفصل الذى بعده في مسألة قتل العبد خطأ بقوله لهما إن الضمان بدل المالية.

فصح الإعتبار على أصله . قال فإن ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حياً ثم مات ففيـــه قيمته حياً ولا تجب الدية ، وإن مات بعـد العتق لأنه قتله بالضرب السابق وقـــد كان في حـالة الرق ، فلهـــذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حياً ، لأنه صـار قاتـلاً إياه وهو حي ، فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف . وقيل هـــذا عندهما وعند محمد « رح» تجب قيمته ما بين كو نه مضروباً إلى كونـــه غير مضروب ،

وقال السكاكي وهذا بناء على اختلافهم في ضمان الجناية على المماليك ، فعند أبي يوسف هو بمنزلة ضمان المال حتى يجب بالغاً ما بلغ ، وعندهما بدل النفس . ولهـــذا لا يزاد على مقدار الماليـــة ، كذا في المبسوط (فصح اعتباراً على اصله) أي صح اعتبار البهائم على أصل أبي يوسف .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (فإن ضربت) اي فإن ضرب بطن أمـــه . وفي بعض النسخ فإن ضربت بصيغة المجهول ، أي الأمة . وكذا في نسخة شيخنا العلاء «رحمه الله » (فأعتق المولى ما في بطنها ، ثم ألقته حياً ثم مات ففيه قيمته حياً ، ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق لأنه قتله بالضرب السابق ، وقد كان في حـــالة الرق ، فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيـــاً ، لأنه صار قاتلاً إياه وهو حي . فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف) يعني اوجبنا القيمة دون الدية إعتباراً لحالة الضرب، وأوجبنا قيمتـــه حياً لامشكوكاً في حياته اعتبـــاراً بحالة التلف ، ولا يقال إن هذا اعتبار بحالة الضرب فحسب ، لأن الواجب في تلك الحال قيمته حياً أيضاً ، لأن نقول جاز أن يكون حيـــاً فلا يجب قيمته حياً هناك ، بل تجب الغرة .

(وقيل هذا عندهما) يعني قول محمد في الجامع الصغير ضمنه قيمته حياً عند أبي حنيفة وأبي يوسف (وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروباً إلى كونـه غير مضروب) أي

لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد إن شاء الله تعالى . قال ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي تجب لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطاً . ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ، ولهذا لم يجب كل البدل ، قالوا إلا أن يشاء ذلك ، لأنه ارتكب محظوراً فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع .

تجب تفاوت ما بينهما ، حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم وقيمته مضروباً ثمان مائة تجب على الضارب مائتا درهم (لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد إن شاء الله تعالى) أي في باب جناية المملوك في مسألة من قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك .

(قال) أي القدوري (ولا كفارة في الجنين) قال الكرخي في مختصره ولا كفارة على الضارب وإن سقط كامل الخلق ميتاً ولا كفارة فيه ، إلا إن شاء ذلك ، فإن فعل ذلك فهو فصل وليس ذلك عليه عندنا بواجب وليتقرب إلى الله تعالى بما استطاع من خير وليستغفر الله تعالى مما صنع .

(وعند الشافعي « رحمه الله » تجب) الكفارة ، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم (لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطاً . ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة ، وقد عرفت في النفوس المطلقة) أي الكاملة ، والشرع قدر بإيجابها فيها (فلا تتعداها) أي فلا يتعدى وجوبها النفوس المطلقة ، ولأن الجنين جزء من وجه ، بدليل أنه يعتق بعتق الأم يتغذى بغذائها ، ويتنفس بنفسها ، ولا يكمل إرشه كسائر الأعضاء ، حيث لا يجب فيه دية كاملة . أشار إليه بقوله (ولهذا لم يجب كل البدل قالوا) أي المشايخ (إلا أن يشاء ذلك) أي الضارب إذا شاء إعطاء الكفارة (لأنه) أي لأن الضارب (ارتكب محظوراً ، فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر الله مما صنع) وقد ذكرنا هذا عن الكرخي عن قريب .

والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام لإطلاق ما روينا . ولأنه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك ، فكذا في حق هذا الحكم . ولأن بهذا القدر يتميز عن العلقة والدم ، فكان نفساً والله أعلم .

(والجنين الذي قد استبان بعض خلقه) قيد به لأنه لو لم يستبن شيء من خلقه لا يكون بمنزلة الولد هو إن كان علقه فلا حكم لها في حق هذه الأحكام ولا يعلم فيه خلاف . أما لو ألقت مضغة ولم يبين فيه شيء من خلقه فشهدت ثقاة من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي ، ولو بقى التصور فلا غرة فيه ، وبه قال الشافعي « رحمه الله » في الأصح وأحمد في رواية ، لأنه كالعلقة والنطفة ، وعندنا فيه حكومة . وقال الشافعي « رحمه الله » في قول وأحمد في رواية فيه الغرة، وبه قال مالك (بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام) نحو انقضاء العدد ، وكون المرأة نفساء ، وكون الأمة أم ولد إذا ادعاه المولى وانقطاع الرجعة وعدم جواز الوطء في نفاسها (لإطلاق ما روينا) وهو أن النبي ﷺ قضى في الغرة في الجنين ولم يفصل حيث قال وفي الجنين غرة .

(ولأنه) أي ولأن الجنين (ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك) مما ذكرنا الآن (فكذا في حق هذا الحكم) أي في وجوب العدة .

(ولأن بهذا القدر) أي باستبانه بعض خلقه (يتميز عن العلقة والدم ، فكان نفساً والله أعلم) لأنه ليس بعد العلقة إلا أن يكون نفساً . وفي الفتاوى الصغرى المرأة إذا ضربت بطن نفسها متعمدة أو شربت دواء يسقط ولدها فسقط يضمن عاقلتها الغرة ، ونقله عن الزيادات . وفي الواقعات على عاقلتها الدية في ثلاث سنين ، أما إن كانت لها عاقلة وإن لم تكن فذاك من مالها ولا ترث منها شيئاً وعليها الكفارة . ولو ألقت جنيناً ميتاً تجب الغرة على العاقلة في سنة واحدة . ولو كان الشرب لإصلاح البدن فلا شيء عليها فلا ترث منه شيئاً .

وفي الذخيرة شربت أو حملت حملاً ثقيلاً أو وضعت في قبلها شيئاً حتى ألقت جنيناً فعلى عاقلتها الغرة خمسمائة في سنة ، أو قبلت متعمدة بغير إذن الزوج ، وإن قبلت بإذنه فلا ضمان ، وعند الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم تجب الغرة على عاقلتها بالإذن وبغير الإذن ، ويجب الكفارة أيضاً كما في غيره . وفي الذخيرة اشترى جارية فحبلت منه ثم ضربت بطن نفسها أو شربت دواء أو عالجت قبلها متعمدة فسقط الجنين ميتاً ثم استحقت وقضى المستحق بالجارية وعقرها على المشتري . ويقال للمستحق لقد قتلت ولدها وانه ولد هذا المشتري لأنه ولد المغرور جرياً بالقيمة فالجنين مضمون بالغرة فادفع امتك أوردها الغرة الجنين الحر ، ولا يعلم فيه خلاف .

* * *

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قـــال ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً أو ميزاباً أو جرصنا أو بنى دكانا فلرجل من عرض الناس

(باب ما يحدثه الرجل في الطريق)

أي هذا باب في بيان حكم ما يحدثه الرجل في طريق الناس من انواع الأشيـــاء التي ذكرها المصنف .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفـــاً) وهو المستراح وهو بيت الماء (أو ميزاباً) ذكره الجوهري في مـادة وزب ، وقال الميزاب النقب فارسي معرب ، وقد عرب بالهمزة وربمـــا لم يهمز ، والجمع المامزيب إذا همزت ، وميازيب إذا لم تهمز . وذكر أيضاً في باب أزب وقال الميزاب ، وربمـا لم يهمز . وقال في مادة رزب بالراء ثم الزاي المزراب لغـــة في الميزاب ، وليست بالفصيحة . وقال المنقب بالفتح واحد مناقب الحياض ، والمثعب بالميم مسيل الماء في الوادي وجمعه ثعبان .

(أو جرصنا) بضم الجيم وسكون الراء وضم الصاد وبالنون الخفيفـة . وفي المغرب الجرصنا دخيل ، أي ليس بعربي أصلي وهو الجزع يخرجه الإنسان من الحائط إلى الطريق ليبني عليه ، وفسره الفقيه أبو الليث « رحمه الله » بالبرج الذي يكون في الحائط . وقال فخر الإسلام اختلف فيه فقال بعضهم هو البرج . وقال بعضهم هو مجرى ماء مركب في حائط ما في فكيف ما كان فهو بعد حق المسلمين وهو فارسي معرب إذ ليس في العربية كلام على هذا التركيب ، أعني الجيم والراء والصاد ، بل مهمل في كلامهم .

(أو بنى دكاناً) قال الجوهري الدكان واحـــد الدكاكين وهي الحوانيت فارسي معرب (فلرجل من عرض الناس) العرض بالضم الجانب وفلان من عرض العشيرة أي من

أن ينزعه ، لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك ، فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئاً ، فكذا في الحق المشترك . قال ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين ، لأن له حق المرور ولا ضرر فيه ، فيلحق ما في معناه به ،

شقها لا من صميمها . وقيل المراد من العرض هنا أبعد الناس منزلة ، أي أضعفهم وأرذلهم (أن ينزعه ، لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له) أي لعرض الناس (حق النقض) سواء كان فيه ضرراً ولا إذا وضع بغير إذن الإمام ، لأن اليد فيما يكون للعامة للأم ، وله ولاية المنع قبل الوضع أيضاً . وقال أبو يوسف لكل أحد المنع قبل الوضع . وقال محمد ليس له أن يمنع ابتداء ولا أن يخاصم بالدفع بعد الوضع إذا لم يكن فيه ضرر ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد والنخعي والأوزاعي وإسحاق « رح » ، وفيما يضر لا يجوز بلا خلاف أذن الإمام أو لم يأذن .

واختلف فيما لا يضر ، قيل إن كان شارعاً يمر فيه الجيوش والأحمال فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلغه . وقال الأكثرون لا يقدر بذلك ، بل يكون لا يضر بالعمارات والمحامل . وفي المبسوط لا يقضي عليه بالهدم بخصومة العبيد والصبيان والمهجورين وينقص لمخاصمته الذمي فإن له حقاً في الطريق ، فإن بنى مشعباً للعامة لا يضر المسلمين لا ينقص ، كذا روي عن محمد . وكذا لو قعد بالبيع والشراء لا يضر بالمسلمين لا يمنع ، وإن كان يضر يمنع . وأما الضمان فالذي أخرجه ضامن لما تلف به ، لكن المتلف إن كان آدمياً فالضمان على عاقلته .

(كما في الملك المشترك ، فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئاً ، فكذا في الحق المشترك) لكل واحد منعه (ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين ، لأن حق المرور ولا ضرر فيه ، فيلحق به) أي بالمرور (ما في معناه) أي فيلحق ما في معنى المرور . قال الأترازي يعني يجوز له الانتفاع بالحرص ونحوه ما لم يضر

إذ المانع متعنت . فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام . قال وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ

بغيره كالمرور (إذ المانع متعنت) أي المانع من الانتفاع بما لاضرر فيه لأحد متعنت وهو الذي يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه أو لغيره .

(فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله ﷺ) أي لقول النبي ﷺ (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام) هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم منهم جابر رضي الله تعالى عنه ، وروى حديثه الطبراني قال ، قال رسول الله ﷺ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، ومنهم عبادة بن الصامت روى حديثه ابن ماجة عن عبادة أن رسول الله ﷺ قضى أن لا ضرر ولا ضرار . ومنهم ابن عباس روى حديثه ا بن ماجة أيضاً . ومنهم أبو سعيد الخدري روى حديثه الحاكم في المستدرك ولفظه لا ضرر ولا ضرار ، من ضر ضره الله ، ومن شق شق الله عليه .

ومنهم أبو هريرة روى حديثه الدارقطني في سننه ولفظه لا ضرر ولا ضرورة. ومنهم عائشة رضي الله تعالى عنها وروى حديثها الدارقطني نحو لفظ المصنف . وقال ابن الأثير الضر ضد النفع ضره يضره أو أضر به يضره إضراراً . معنى قوله لا ضرر ، أي لا يضر الرجل أخاه فينقص من حقه شيئاً ، والضرار فعال من الضرار أي يجازيه على إضراره بادخال الضرر عليه . وقيل الضرر ما تضر به صاحبك ، وتنتفع به أنت ، والضرار أن تضره من غير أن تنتفع . وقيل هما بمعنى واحد ، والتكرار للتأكيد . وقيل الضرر يكون من واحد ، والضرار بمعنى المضارة وهو يكون من اثنين (وليس لأحد من أهل الدرب) وهو الباب الواسع ، والمراد هنا السكة الواسعة (الذي ليس بنافذ) قال فخر الإسلام والمراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعلة الملك ، وقد تنفذ وهي المملوكة وقد يسيل منفذها ، وهي للعامة ، لكن ذلك دليل على الملك غالباً ، فأقيم مقامه ووجب

أن يشرع كنيفاً ولا ميزاباً إلا بإذنهم لأنها مملوكة لهم ، ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال ، فلا يجوز التصرف أضر بهم أو لم يضر إلا بإذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضر لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل ، فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الإنتفاع ، ولا كذلك غير النافـــذ ، لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن ، فبقي على الشركة حقيقة وحكماً .

قـــال وإذا أشرع في الطريق روشناً أو ميزاباً أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته ، لأنـه مسبب لتلفه متعـد بشغله هواء الطريق ، وهذا

العمل به حق يقوم الدليل على خلافه (أن يشرع كنيفـــاً ولا ميزاباً إلا بإذنهم ، لأنها مملوكة لهم ، ولهـذا وجبت الشفعة لهم على كل حـــال) يعني سواء كانوا متلازقين أو لم يكونوا (فلا يجوز التصرف أضر بهم أو لم يضر إلا بإذنهم ، وفي الطريـــق النافذ له التصرف إلا إذا أضر لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل ، فيجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكماً كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ ، لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن ، فبقي على الشركة حقيقة وحكماً) أي من حيث الحقيقـة والحكم ، وهو ظاهر .

(قال) أي القدوري (وإذا أشرع) يقال أشرع باباً في الطريق ، أي فتحه وأشرع رمحه أي رفعه (في الطريق روشناً) هو الممر على العلو ، وقيل هو مثل الرف ، وقيـل الروشن هو أن يضع الخشبـة على جداري السطحين ليتمكن من المرور . وقال الجوهري الروشن الكرة ، ذكره في باب روشن فيدل على أن الواو زائدة (أو ميزاباً أو نحوه) مثل إن وضع جزعاً أو صخرة شاخصة ، أو وضع جنـــاحاً (فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته ، لأنه مسبب لتلفـــه متعد بشغله هواء الطريق ، وهذا) أي التسبب

من أسباب الضمان وهو الأصـــل . وكذلـك إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول البـــاب ، وكذا إذا تعثر بنقضه إنسان ، أو عطبت به دابة ، وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما ، لأنه يصير كالدافع إياه عليه . وإن سقط الميزاب نظر ، فإن أصاب ما كان منـــه في الحائط رجلاً فقتله فلا ضمان عليه لأنه غير متعد فيه لما أنه وضعه في ملكه . وإن أصابه ما كان خارجاً من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديـــاً

بطريق التعدي (من أسباب الضمان) ولا خلاف لأحد فيـه (وهو الأصل) أي التعدي أصل في باب الضمان .

(وكذلك) أي وكـــذا تجب الدية على العاقلة (إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب) وهي الكنيف والميزاب والجرصين والدكان المبني على الطريق .

(وكذا) أي وكذا تجب الدية على العاقلة (إذا تعثر بنقضه) بضم النون وسكون القاف ، وهو اسم البناء المنقوض ، كـــذا في ديوان الأدب ، وروي عن بعضهم بكسر النون (إنسان أو عطبت به دابة) ففي عطوب الدابة يجب ضمانها في مـاله (وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذى أحدثه فيهما) أى في الرجلين ، يعني ضمان الرجلين على المحدث في الطريق (لأنه يصير كالدافع إياه عليه) وإذا نحى رجـــل شيئاً من ذلك عن موضعه فعطب به آخر فالضمان على الذى نحـــاه وقد خرج الأول من الضمان .

فإن قيل هذا احتسب حيث أماط الأذى عن الطريق . أجيب بلى ولكنـــه أخطأ الحسنة حيث شغل موضعاً آخر من الطريق .

(وإن سقط الميزاب) أى ميزاب رجل سقط على رجل فقتله (نظر ، فإن أصاب ما كان منه في الحائط رجلاً فقتله فلا ضمان عليه ، لأنه غير متعد فيه ، لما انه وضعـــه في ملكه . وإن أصابه ما كان خارجاً من الحـــائط فالضمان على الذى وضعه لكونه متعدياً

فيه ولا ضرورة ، لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث ، لأنه ليس بقاتل حقيقة . ولو أصابه الطرفان جميعاً وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف ، كما إذا جرحه سبع وإنسان ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف اعتباراً للأحوال ، ولو أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً وقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرىء إليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع ، لأن فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب .

فيه ولا ضروره ، لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ، ولا كفارة عليه) أي على محدث الميزاب ويضره في الطريق إذا مات به إنسان (ولا يحرم عن الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة) وتندفع الضرورة من غير شغل طريق المسلمين ، والكفارة وحرمان الميراث مسببان بالقتل حقيقة ولم يوجد .

(ولو أصابه الطرفان جميعاً) أي الطرفان الداخل في الحائط والخارج عنه (وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف) أي سقط النصف (كما إذا جرحه سبع وإنسان) يجب النصف ويهدر النصف (ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف اعتباراً للأحوال) يعني يضمن في حال بالنظر إلى الخارج عن الحائط ولا يضمن في حال بالنظر إلى الداخل فيضمن نصف الضمان .

(ولو أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً فقتله ، أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرىء إليه منها) أي برىء البائع بتسليمه للمشتري مما يحدث من الخشبة (وتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع ، لأن فعله) أي فعل الواضع (وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب) أي الموجب الضمان هو الوضع .

ولو وضع في الطريق جمراً فأحرق شيئاً يضمنه ، لانــــه متعد فيــــه . ولو حركته الريـح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئاً لم يضمنه لفسخ الريـح فعله . وقيـل إذا كان اليوم ريحاً يضمنه ، لانه فعله مـع علمه بعاقبته وقــــد أفضى إليها فجعل كمباشرته ولو استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنسانــــاً قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم ، لان التلف بفعلهم ، ومــــا لم يفرغوا لم يكن العمل مسلماً إلى رب الدار ، وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير

(ولو وضع في الطريق جمراً فأحرق شيئاً يضمنه ، لأنه متعد فيه ، ولو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئاً لم يضمنه لفسخ الريح فعله ، وقيل إن كان يوم ريحاً يضمنه) يعني إذا كانت الريح متحرك حين وضع الجمر على الطريــق ثم حرك الريح الجمر يضمنه (لأنه فعله مع علمه بعاقبته) وهي الحريق بواسطة الريح (وقد أفضى إليها) أى إلى العاقبة (فجعل كمباشرته) أي كمباشرة ذلك بنفسه ، وهو اختيار الإمام السرخسي ، وكان شمس الأئمة الحلواني لا يقول بالضمان إذا حركه الريح عن مكانه من غير تفصيل ، وهو قياس قول الأئمة الثلاثة .

(ولو استأجر رب الدار الفعلة)وهو جمع فاعل كالقتل جمع قاتل (لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنساناً قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) أى على الفعلة لا على المستأجر الذى هو رب الدار (لأن التلف بفعلهم ، وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلماً إلى رب الدار ، وهذا) أى وجوب الضمان على الفعلة (لأنه انقلب فعلهم) أى فعــــل الفعلة (قتلا) حقيقة لظهور أثر فعلهم وهو التلف بالسقوط عليه (حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده)أى في عقد المستأجر (فلم ينتقل فعلهم إليه فاقتصر) أى الضمان (عليهم) أى على الفعلة .

داخل في عقده ، فلم ينتقل فعلهم إليه فاقتصر عليهم . وإن سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحساناً ، لانـــه صح الإستئجار حتى استحقوا الاجر وقـع فعلهم عمارة وإصلاحاً فانتقل فعلهم إليه ، فكأنه فعل بنفسه ، فلهذا يضمنه . وكذا إذا صب الماء في الطريق فعطب به إنسان أو دابة ، وكذا إذا رش الماء أو توضأ لانه متعد فيه بإلحاق الضرر بالمـــارة . بخلاف ما إذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد أو وضع متاعه ، لان لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كمـــا في الدار المشتركة . قالوا هذا إذا رش ماء كثيراً بحيث يزلق به عادة ، أما إذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد ، والظاهر أنه لا يزلق بـــه

(وإن سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحساناً ، لأنه صح الاستئجار حتى استحقوا) أى الفعلة (الأجر ووقع فعلهم عمارة وإصلاحاً فانتقل فعلهم إليه فكأنه فعل بنفسه ، فلهذا يضمنه) أى رب الدار استحساناً للأثر الذى جاء في مثله عن شريح أنه قضى بالضمان على رب الدار .

(وكذا) يضمن الفاعل (إذا صب الماء في الطريق فعطب به إنسان أو دابة ، وكذا إذا رش الماء أو توضأ لأنه متعد فيه بإلحاق الضرر بالمـاره ، بخلاف ما إذا فعل ذلك) أى صب الماء أو رشه أو وضوءه (في سكة غير نافذة) فإنه لا يضمن (وهو من أهلها) أي والحال أنه من أهل السكة (أو قعد أو وضع متاعه ، لأن لكل واحد أن يفعل ذلـك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة) فإن لكل واحد من الشركاء أن يفعل ذلك .

(قالوا) أى المشايخ (هـــذا) أى وجوب الضمان (إذا رش ماء كثيراً بحيث يزلق به عادة ، أما إذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد ، والظاهر أنه لا يزلق به لا يضمن) لأنه إذا

عادة لا يضمن . ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لأنه صاحب علة . وقيل هذا إذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعاً للمرور ، ولا أثر للماء فيه ، فـــإذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء . وإن رش جميع الطريق يضمن ، لانه مضطر في المرور . وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في أخذهـــا جميعه أو بعضه ، ولو رش فناء حانوت بإذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحساناً ،

زلق يكون ذلك من خوفه (ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش ، لأنه) أى لأن الذى تعمد المرور (صاحب علـــة) لأن السقوط من فعله وهو متعمد ، كالذى رش الماء وإضافة الحكم إلى العلة المحضة أولاً فلا يوجد به صاحب الشرط .

(وقيل هذا) أى عدم وجوب الضمان على الراش (إذا رش بعض الطريق لأنه يجـد موضعاً للمرور ولا أثر للماء فيه ، فإذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء ، وإن رش جميع الطريق يضمن لأنه) أى لأن الماء (مضطر في المرور) وفي الواقعات وإذا رأى سائق الدابة أن المـاء قد رش في الطريق فساق وكذلك فعطب به فلا ضمان على الذى رش ، وإن لم يره بأن كان ذلك في الليل فالراش ضامن .

(وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق) أى مثل حكم رش الماء في بعض الطريق وحكم رشه فى كل الطريق (فى أخذهـا) أى فى أخذ الخشبة (جميعه) أى جميع الطريق (أو بعضه) أى فى أخذها بعض الطريق ، فإن كانت موضوعة فى جميـع الطريق ففيه الضمان ، وإن كانت فى بعض الطريق فلا ضمان فيه ، لأن المار يجد موضعاً للمرور .

(ولو رش فناء حانوت) الفناء بكسر الفاء أحد حوائج الدار كربط الدابة وكسر الحنطة وهو سعة أمـام الدار (بإذن صاحبه ، فضمان ما عطب على الآمر استحساناً) لأن أمره

وإذا استأجر أجيراً ليبنى له فى فناء حانوته فتعقل بـــه إنسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحساناً . ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير بفساد الامر قـــال ومن حفر بئراً فى طريق المسلمين أو وضع حجراً فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته ، وإن تلفت بهيمة فضمانها فى ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه ، غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال ، فكان ضمان البهيمة في مـــاله وإلقاء التراب واتخاذ

قد صح لما له من زيادة انتقال الفعل إليه . وفى الفتـــاوى الصغرى ولو أمر الأجير فرش فناء وكان الآمر ضمن الأمر دون الراش ، والحارض يضمن كيفما كان إذا رش الماء . وفى الخلاصة لو أمره بالوضع في الطريق فتوضأ فى الطريق فالضمان على المتوضىء .

(وإذا استأجر أجيراً ليبني له في فناء حانوته فتعقل به) أي تشبك وتعقل ويكن بالبناء (إنسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحساناً ، ولو كان أمره بالبناء فى وسط الطريق) وفى الجامع المحبوبي والذي ذكر فى الكتـــاب فيما إذا لم يعلم الأجير أن الفناء للغير ، أما إذا علم فالضمان على الأجير ، وبه قالت الأئمة الثلاثة . وقال شيخ الإسلام إن كان الطريق معروفاً للعامة (فالضمان على الأجير لفساد الأمر) لأنـــه لاحق للأمر فى وسط الطريق نفسه أمره فلذلك لم ينقل فعل الأجير إليه ، فكان الأجير هو المتعدي فى البناء فوجب عليه ضمانه .

(قال) أي القدوري (ومن حفر بئراً فى طريـــق المسلمين أو وضع حجراً فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته ، وإن تلفت بهيمة فضمانها فى مـــاله ، لأنه متعد فيه فيضمن مايتولد منه ، غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال ، فكان ضمـــان البهيمة فى ماله) وقال الحاكم فى الكافي الحر والعبد سواء فالضمان على عاقلة الحافر ، ولا كفارة عليه ولا يحرم من الميراث .

الطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة لما ذكرنا . بخلاف مـــا إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد ، فإنه ما أحدث شيئاً فيه إنما قصد رفع الاذى عن الطريق ، حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل بـــه إنسان كان ضامناً لتعديه بشغله . ولو وضع حجراً فنحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذي نحاه ، لأن حكم فعله قد انفسخ لفراغ ما يشغله ، وإنما اشتغل بالفعل الثـــاني موضع آخر . وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق ، فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن ، لأنه غير متعـــد حيث فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة ، وإن كان بغير أمره فهو

(وإلقاء التراب واتخاذ الطين فى الطريق بمنزلة إلقـــاء الحجر والخشبة) يعني فى وجوب الضمان (لما ذكرنا) أي لأنه متعد فيه (بخلاف ما إذا كنس الطريـــق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن ، لأنه ليس بمتعد فإنه ما أحدث فيه شيئاً ، إنما قصد رفع الأذى عن الطريق ، حتى لو جمع الكناسة فى الطريق وتعقل به إنسان) أي تعلق به (كان ضامناً لتعديه بشغله) لأنه شغل طريق المسلمين .

(ولو وضع حجراً فنحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذي نحاه ، لأن حكم فعله قد انفسخ لفراغ ما شغله ، وإنما اشتغل بالفعـــل الثاني موضع آخر . وفى الجامع الصغير فى البالوعة) وهو ما يحفر فى وسط الدار ليجمع ماء الوضوء وماء المطر . وفى الصحاح البالوعة نقب فى وسط الدار (يحفرها الرجـــل فى الطريق فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه) أي على حفر البالوعـــة (لم يضمن ، لأنه غير متعد ، حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العـــامة . وإن كان بغير أمره فهو متعد

متعد إما بالتصرف في حق غيره أو بالافتيات على رأي الإمـــام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة . وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامـــة مما ذكرناه وغيره ، لأن المعنى لا يختلف . وكذا إن حفره في ملكه لا يضمن لأنه غير متعد . وكذا إذا حفره في فناء داره ، لأن له ذلك لمصلحة داره والفنـــاء في تصرفه . قيل هذا إذا كان الفناء مملوكاً له أو كان له حق الحفر فيه ، لأنه غير متعد ، أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا

فيه إما بالتصرف في حق غيره أو بالإفتئات على رأي الإمام) وهو الاستعداد بالذي وهو افتعال من الفوت وهو السبق (أو هو) أي حفر البالوعة (مباح مقيد بشرط السلامة) قال في شرح الأقطع وقالوا لو تعدى في الطريق يستريح أو لمرض أو ضعفه فعثر به إنسان يضمن ، لأن المشي فى الطريق مباح بشرط السلامة ، كما ان الله تعـــالى أباح الرمي إلى الصيد ، فلو رمى صيداً أو أصاب إنساناً أو شـــاة ضمن ، واعتبر فيه السلامة ، فكذلك ها هنا.

(وكذا الجواب على هذا التفصيل) وهو انه لو فعله بأمر من له الولاية فى الأمر لا يضمن وبغير أمره ضمن ، ويحل للإمام أن يأمر بذلك إذا لم يضر بالعامة إذا كان الطريق واسعاً ، وإن كان الطريق ضيقاً لا يحل له ذلك (فى جميع ما فعل فى طريق العامة مما ذكرناه) أى من أول الباب إلى هاهنا من شراع الجناح وإحداث الكنيف أو الميزاب والجرص أو حفر البئر فى طريق المسلمين (وغيره) كبناء الظلـــة وغرس الأشجار ورمي الثلج والجلوس البيع (لأن المعنى لا يختلف) أي قصار هالك (ولذلك لو حفره فى ملكه لم يضمن ، لأنه غير متعد ، وكذا إذا حفر فى فناء داره ، لأن له ذلك لمصلحة داره ، والفناء فى تصرفه ، وقيل هذا) أى عدم الضمان (إذا كان الفناء مملوكاً له أو كان له حق الحفر فيه ، لأنه غير متعد ، أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا) أى

بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه، لأنه مسبب متعد ، وهذا صحيح . ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غماً لا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأنه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف إلى الحفر ، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع . وقال أبو يوسف رحمه الله إن مات جوعاً فكذلك وإن مات غمـــاً فالحافر ضامن له ، لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع ، أما الجوع فلا يختص بالبئر . وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها لأنه إنمـــا حدث بسبب الوقوع ، إذ لولاه لكان الطعام قريباً منه .

أو كان البناء مشتركاً (بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه ، لأنه مسبب متعد ، وهذا صحيح) أي التفصيل صحيح . وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجابي في شرح الكافي ، وإذا احتفر الرجل بئراً في طريق مكة أو غير ذلك من الفيافي فلا ضمان عليه في ذلك ، وليس هذا كالأمصار ، لأنه غير متعد فيما فعل ، ألا ترى أنه لو ضرب هناك فسطاطاً أو اتخذ تنوراً يخبز فيه ، أو ربط دابة لم يضمن ما اثباته ذلك ، وقالوا هذا إذا حفر في غير ممر المسلمين،أما إذا حفر في ممرهم ينبغي أن يضمن لأنه متعد فيه .

(ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً) أي من أجـل الجوع (أو غماً) أي اختناقاًمن العفونة . قال الجوهري يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر (لا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لأنه مات لمعنى في نفسه ، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع ، وقال أبو يوسف إن مات جوعـــاً فكذلك) أي لأن الضمان على الحافر (وإن مات غماً فالحافر ضامن له ، لأنه لا سبب للغـم سوى الوقوع ، أما الجوع لا يختص بالبئر . وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلهـــا ، لأنه إنما حدث بسبب الوقوع ، إذ لولاه) أي الوقوع (لكان الطعام قريباً منه) وهو قيـاس قول الأئمة الثلاثة ، ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة « رح » على عادة تأخر الراجح ، فإن النفقة معه . ألا ترى أنه

قال وإن استأجر أجراء فحفروها له في غير فنائـــه فذلك على المستأجر ولا شيء على الاجراء إن لم يعلموا أنها في غير فنائه ، لان الإجارة صحت ظاهرة إذا لم يعلموا ، فنقل فعلهم إليـــه لانهم كانوا مغرورين ، فصار كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره ، إلا أن هنـــاك يضمن المأمور ويرجع على الآمر ، لان الذابح مباشر ، والامر مسبب ، والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ويرجع المغرور ، وهنـــا يجب الضمان على المستأجر ابتداء ، لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستأجر متعد فيرجح جانبه . وإن علموا ذلك فالضمان على الاجراء ، لانه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور ، فبقي الفعل مضافاً

لو حبس رجلاً في بئر حتى مات غماً فإنه لا ضمان عليه ، بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع ، لأن أثر فعله وهو العمق أثر في نفس الواقع فلا بد من أثر الوقوع لوجوب الضمان .

(قال) أي المصنف وليس لفظه قال في غالب النسخ (وإن استأجر أجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستأجر ولا شيء على الاجراء إن لم يعلموا انها في غـير فنائه ، لأن الإجارة صحت ظاهرة إذا لم يعلموا ، فنقل فعلهم إليه) أي فنقل فعـل الأجر إلى المستأجر (لأنهم كانوا مغرورين ، فصار) حكم هذا (كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره) أى لا يغير الأمر .

(إلا أن هناك) أي في الأمر بذبح الشاة (يضمن المأمور ويرجـع على الآمر ، لأن الذابح مباشر ، والآمر مسبب ، والترجيح للمباشر فيضمن المأمور ، فيرجع على الآمر للغرور ، وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء) أى من أول الأمر (لأن كل واحد منهما مسبب ، والاجير غير متعد ، والمستأجر متعد فيرجح جانبه) في التعدى المستأجر فيه الضمان .

(وإن علموا بذلك فالضمان على الاجراء ، لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ، ولا

إليهم . وإن قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه إنسان فالضمان على الاجراء قياساً ، لانهم علموا بفساد الامرفما غرهم . وفي الإستحسان الضمان على المستأجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكاً له لانطلاق يده في التصرف فيـــه من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان ، فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى مـــا ذكرنا ، فكفى ذلك لنقل الفعل إليه . قال ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام فتعمد رجل المرور عليهـــا فعطب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة ، وكذلك إذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها ، لأن الاول تعـــد هو تسبيب ، والثاني تعد هو مباشرة ، فكانت

غرور فبقى مضافاً إليهم ، وإن قال لهم هذا فنائي وليس لي فيـــه حق الحفر فحفروا ومـــات فيه إنسان فالضمان على الاجراء قياساً ، لانهم علموا بفساد الامر ، فما غرهم . في الاستحسان الضمان على المستأجر ، لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكاً له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة وركوب فيها وبناء الدكان ، فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا) أي باعتبار ظاهر اليد من القاء الطين ونحوه (فكفى ذلك لنقل الفعل إليه) أي إلى المستأجر .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن جعل قنطرة) القنطرة ما أحـــكم بناؤه ولا يرفع ، والجسر ما يوضع ويرفع (بغير إذن الإمام ، فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل قنطرة ، وكذلك إذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجـــل المرور عليها ، لأن الاول) يعني جعل القنطرة (تعد وهو تسبيب ، والثاني) يعني وضع الخشبة (تعد هو مباشرة ، فكانت الإضافة إلى المباشرة أولى) لان الحكم إنما يضاف إلى صاحب

الإضافة إلى المباشر أولى ، ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما فى الحافر مع الملقى . قال ومن حمل شيئاً فى الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان فهو ضامن ، وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان . وان كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به إنسان لم يضمن ، وهذا اللفظ يشمل الوجهين ، والفرق أن حامل الشيء قاصد حفظه ، فلا حرج فى التقييد بوصف السلامة ، واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه ، فيخرج بالتقييد بما ذكرنا ، فجعلناه مباحاً مطلقاً .

السبب إذا لم يكن صاحب العلة صالحاً لإضافة الحكم إليه ، فان كانت مباحة فأما إذا استويا في العدوانية فالإضافة الى صاحب العلة ، لانها بالإضافة اولى لكونها أقوى .

(ولأن تخلل فعل فاعل مختار) بين السبب والحكم (يقطع النسبة) أى نسبة الحكم إلى السبب (كما في الحافر مع الملقى) أى كما في حافر البئر على قارعة الطريق مع الذي القاه ، أى دفعه إلى البئر حيث يضاف الضمان إلى الدافع لا إلى الحافر .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن حمل شيئاً في الطريق فسقط على انسان فعطب فهو ضامن ، وكذا إذا سقط) أى من الحامل شيء (فتعثر به إنسان . وإن كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به إنسان لم يضمن ، وهذا اللفظ يشتمل الوجهين) وهما تلف الإنسان بسقوط اللباس عليه أو بعثوره عليه .

(والفرق) أى بين الشيء المحمول حيث يجب الضمان به فيما إذا هلك إنسان وبين الثوب الملبوس حيث لا يجب الضمان فيه وإن هلك إنسان بوقوعه عليه (أن حامل الشيء قاصد حفظه ، فلا حرج بالتقييد بوصف السلامة) فإذا أضيف إليه التلف كان ضامناً (واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرناه) يعني وصف السلامة (فجعلناه مباحا مطلقاً) يعني من غير شرط السلامة .

(وعن محمد انه إذا لبس ما لا يلبسه) عادة للبدو والجوالق ودرع الحروب في غير موضع

وعن محمد أنه إذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال : وإذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلاً أو جعل فيه بواري أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وإن كان فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عن أبي حنيفة وقالا لا يضمن في الوجهين

الحروب ، والثوب الذي لا يحتاج إليه من حيث الزينة ، أو من حيث دفع الحر والبرد (فهو كالحامل) شيئاً في الطريق حيث يضمن إذا سقط على انسان فعطب به (لان الحاجة لا تدعو إلى لبسه) وذكر المحبوبي لو لبس ثوباً زيادة على قدر الحاجة لم يذكره محمد في الكتاب . وروى ابن سماعة انه قال يضمن إذا سقط وعطب به إنسان لانه لا يعلم به البلوى ، وقياس الائمة الثلاثة لا يضمن بعدم التعدي .

(قال) أى محمد «رح» في الجامع الصغير (وإذا كان المسجد للعشيرة) العشيرة : القبيلة ذكره في الصحاح ، والمراد هنا اهل المسجد (فعلق رجل منهم) أى من العشيرة (فيه قنديلا) أى في المسجد (أو جعل فيه بواري) جمع بوريا قال الاصمعي البوريا بالفارسية وهو بالعربية جاري وبوري . وقال الجوهري :

البارِيا والبوريا التي من القصب و كذلك السبارية (أو حصاة) أى أو جعل فيه حصاة (فعطب به) أي بواحد من هذه الاشياء (رجل لم يضمن) يعني وإن كان بغير إذن الإمام وبه قال أحمد والشافعي رحمها الله في وجه وقال الشافعي في وجه بغير إذن الإمام يضمن .

وقال الحاكم الشهيد في الكافي : وإذا حفر أهل المسجد فيه بيراً لماء المطر ووضعوا فيه جباً تصب فيه الماء أو طرحوا فيه بواري أو حصا أو ركبوا باباً أو علقوا فيه قنديلاً أو ظللوه فلا ضمان فيمن عطب بذلك عليهم (وإن كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا) أى المشايخ (هذا) يعني هذا التفصيل (عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن في الوجهين) وهما إذن الإمام أو اذن العشيرة أو عدم اذنهما ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله في وجه .

لأن هذه من القرب كل أحد مـــأذون في إقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد ولأبي حنيفـــة وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعـــة إذا سبقهم بها غير أهله فكان فعلهم مباحاً مطلقاً غير مقيد بشرط السلامة . وفعـــل غيرهم تعدياً أو مباحاً مقيداً بشرط السلامة. وقصد القربة

وقال الحلواني اكثر مشايخنا اخذوا بقولهما في هذه المسألة وعليـه الفتوى كذا في الذخيرة ، وفيها وضع الجب لشرب الماء على هذا الاختلاف (لان هذه) أي المذكور من الاشياء (من القرب) بضم القاف وفتح الراء جمع قربة .

(وكل أحد) من اهل المسجد (مأذون في إقامتها) أي بإقامة هذه الاشياء (ولايتقيد بشرط السلامة كما إذا فعله باذن واحد من اهل المسجد) بإذن واحد من أهـــل المسجد حيث لا يضمن .

(ولابي حنيفة وهو الفرق) بين الوجهين (ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم) أي غير اهل المسجد (كنصب الإمام) .

أي غير أهل المسجد يعني لو صلى فيه غير اهل المسجد بجماعة لا يكون لغير أهله أن يصلوا فيه بجماعة.

(واختيار المتولى وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبقهم بهـــا) أي بالصلاة بالجماعة (غير اهله) يعني : إذا لم يكن الثاني موجوداً ، واما إذا كان موجوداً فنصب الإمام إليه وهو مختار الاسكاف .

قال ابو الليث : وبه نأخذ إلا أن ينصب الإمام شخصاً والقوم يريدون من هو اصلح منه فيجوز ان يكون المصنف اختار قول ابن سلام ان القوم اولى بنصب إمام ، والمؤذن والباني اولى بالعمارة (فكان فعلهم مباحاً مطلقاً غير مقيد بشرط السلامة وفعـــل غيرهم تعدياً أو مباحاً مقيداً بشرط السلامة ، وقصد القربة لا ينافي الغرامة) .

لا ينافي الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله قال إن جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن إن كان في الصلاة وإن كان في غير الصلاة ضمن وهذا عند أبي حنيفة.

هذا جواب عن قولهما لأن هذا من القرب بيانه إن قصد القربه لا ينافي الضمان (إذا اخطأ الطريق) أي في طريق القربة (كما ان إذا تفرد بالشهادة على الزنا) .

يعني إذا شهد وحده بالزنا يحد حد القذف ، وإن كان باداء شهادته حسبة لله تعالى متقرباً ولكن لما لم يكن ذهاب الشهادة في الزنا ، وهي شهادة الأربعة اعتبر ذلك قذفاً (والطريق فيما نحن فيه أو استئذان من اهله) أي من أهل المسجد لأنه لا يمتنع ان يكون المسجد لجماعة المسلمين ، ويختص تدبيره بأهله .

ألا ترى أن رسول الله ﷺ أخذ مفاتيح الكعبة من بني شيبة فأمره الله تعالى بردها عليهم بقوله تعالى :

﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها ﴾ والكعبة حق لجميع المسلمين وان اختصر قوم بتدبيره وقال التمرتاشي : لو ضاق المسجد بأهله لأهله أن يمنعوا من ليس من أهل الصلاة فيه .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإن جلس فيه رجل منهم) أي من أهل المسجد (فعطب به) أي بالجالس (رجل لم يضمن إن كان في الصلاة) سواء كانت الصلاة فرضاً أو نفلا . ذكر شيخ الإسلام (وإن كان في غير الصلاة ضمن ، وهذا عند أبي حنيفة) أي هذا التفصيل الذي ذكرنا ، وكونه في غير الصلاة يضمن عنده مطلقاً ليس بصحيح على اطلاقه فإن شمس الأئمة قال في جامعه :لو جلس لانتظار الصلاة لا يضمن لقوله عليه السلام المنتظر الصلاة في الصلاة ، وإنما الخلاف فيمن جلس لعمل ليس له اختصاص بالمسجد كدرس وقراءة القرآن وفي الذخيرة لو جلس للدرس أو لقراءة القرآن أو الذكر والتسبيح أو الاعتكاف لا رواية لهذا في الكتاب . واختلف المتأخرون قال أبو بكر الرازي :

وقالا لا يضمن على كل حـــال ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم أو الصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو نام في غير الصلاة ، أو مر فيه مـــار أو قعد فيـــه لحديث فهو على هذا الإختلاف .

يضمن عنده وقال أبو بكر البلخي إن جلس لقراءة القرآن أو معتكف في المسجد لا يضمن بالأجماع. وذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد لو جلس للحديث يضمن بالاجماع لأنه غير مباح له وفي النهاية هـــذا ما ذكره في المتن ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو التعليم أو الصلاة إلى قوله فهو على الاختلاف مخالف لهـذه الروايات اجيب يمكن أن يكون مختار أبي بكر الرازي ولكن فيه بعد كما ترى .

(وقالا لا يضمن على كل حال) .

وبه قالت الثلاثة (ولو كان جـــالساً لقراءة القرآن أو التعليم) أي تعليم الفقــه والحديث (أو الصلاة أو نام فيه في اثناء الصلاة أو نام في غير الصلاة ، أو مر فيه مار) .

قال شيخنا العلاء رحمه الله : الأول خاص ، والثاني خاص : يعنى حال كونه مـــار لأجل أمر آخر سوى أمر الصلاة بأن مر لأخذ الماء من غير بئر المسجد .

(أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف) وهو اختيار بعض أصحابنا، واختاره أبو بكر الرازي .

وقال بعضهم : وهو اختيار أبي عبدالله الجرجـــاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق، ولقائل أن يقول في عبارة الكتاب تكرار ، لأنه قال : وإن كان في غير الصلاة ضمن ، وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله.

والجواب :

أن قوله : وإن كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير . وقوله : ولو كان حال قراءة القرآن من لفظ المصنف رحمه الله بيان كذلك ، لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشائخ على ذلك وليس كذلك ، بل هو على الاختلاف كما رأيت وكان من حق الكلام أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف ، وقيل لا يضمن بلا خـلاف كما قال في الاعتـكاف .

وأما المعتكف فقد قيل على هذا الإختلاف وقيل لا يضمن بالإتفاق لهما ان المسجد إنمـــا بني للصلاة والذكر ، ولا يمكنه اداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحاً لأنه من ضرورات الصلاة أو لأنـ المنتظر للصلاة في الصلاة حكماً بالحديث فلا يضمن كما إذا كان في الصلاة وله أن المسجد بني للصلاة وهـــذه الأشياء ملحقة بها فلا بد من إظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للأصل مباحـاً مطلقاً ،

(وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل : لا يضمن بالاتفاق) .

وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وإن قعد معتكفاً ، قال مشايخنا اختلفوا فيه فقال بعضهم عند أبى حنيفة «رح» يضمن لانه جلس بغير الصلاة ، وقـــال بعضهم : لا يضمن لأنه متقرب به (لهما) اي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، (إن المسجد إنما بنى للصلاة والذكر) .

قال الله تعالى : ﴿في بيـــوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيهابالغدو والآصال رجال﴾ . وقال﴿ومن اظلم ممن منع مساجـد الله ان يذكر فيها اسمه﴾(ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحـــاً لانه من ضرورات الصلاة ، أو لان المنتظر للصلاة في الصلاة حكماً بالحديث) وقد مر الحديث عن قريب (فلا يضمن كما إذا كان في الصلاة وله) أى ولابي حنيفة (أن المسجد بنى للصلاة وهذه الاشياء) أشار به الى ما ذكره من قوله كقراءة القرآن إلى آخر (ملحقة بها) أي بالصلاة يعني يؤتى بها في المسجد بطريق التبعية للصلاة ، والصلاة هي المقصودة في بناء المسجد .

(فلا بد من إظهار التفاوت) بين الملحـق والملحق به (فجعلنا الجلوس للاصل) الذي هو الصلاة (مباحاً مطلقاً) يعني من غير قيد بشرط السلامة ألا ترى أن المسجد إذا ضاق على المصلى كان له إزعـــاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس ، لانه يطلب موضعه الاصلي .

والجلوس لمـــا يلحق به مباحاً مقيداً شرط السلامة . ولا غرو أن يكون الفعل مباحاً أو مندوباً اليه . وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي إلى الكافر أو إلى الصيدوالمشي في الطريق والمشي في المسجد إذا وطيء غيره والنوم فيه إذا انقلب على غيره وإن جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلاة فتضمن بـــه إنسان ينبغي ألا يضمن لأن المسجد بني للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة إن كان مفوضاً إلى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده .

وقال التمرتاشي : لو ضاق المسجد بأهله أن يمنعوا من ليس بأهله عن الصلاة فيـــه

(والجلوس لما يلحق به) أي جعلنا الجلوس لما يلحق به (مباحاً ، مقيداً بشرط السلامة ولا غرو) أي ولا عجب. قال القائل:

ولا غرو إن حرق نار الهوى كبدي فالنار حق على من يعبد الوثنا

(أن يكون الفعل مباحاً ، أو مندوباً إليه ، وهو مقيد بشرط السلامة) أي والحال انه مقيد بشرط السلامة ، ونظر لذلك بقوله (كالرمي إلى الكافر أو إلى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجـد إذا وطيء غيره والنوم فيـه إذا انقلب إلى غيره) فكل ذلك يقيد بشرط السلامة .

وقال تاج الشريعة «رح» قوله كالرمى إلى الكافر ، نظير المندوب، وإلى الصيد نظير المباح ، ومع ذلك ، إذا أصاب مسلماً يضمن (وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلاة فتعقل به إنسان) أى فنشب به وتعلق (ينبغي ان لا يضمن ، لان المسجد بنى للصلاة وأمر الصلاةبالجماعة إن كان مفوضاً إلى أهل المسجد،ولكل واحد من المسلمين أنه يصلي فيه وحده) .

وقال فخر الإسلام : وإن كان الرجل الجالس رجلا من غير العشيرة فقوله لهما فيـه لا يشكل ، لانه بمنزلة الرجل من العشيرة قالا فيـه بسط البواري والحصا ، فأما في قول أبي حنيفة فيحتمل ان يضمن بكل حال وقال بعضهم : بل هو عنده في الصلاة بمـــنزلة

فصل في الحائط المائل

قال : وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين ، فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه ، فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس، أو مال .

العشيرة ، لان المساجد أعدت للصلاة العامة من غير خصوص ، وإنما الخصوص فيما يرجع إلى الرأى والتدبير ولذلك لم يكن لغيرهم حق إقامة الجماعة لانه مما يفتقر إلى الرأى والتدبير ، وأما نفس الصلاة بمستغن عن ذلك بخلاف تعليق القناديل وبسط البوارى والبساط والحصا . قال فخر الإسلام «رح» : وهذا القول اشبه .

(فصل في الحائط المائل)

أى هذا فصل في بيان احكام الحائط المائل ولما فرغ من بيان الاحكام التي تتعلق بمباشرة الانسان وثنيه شرع في بيان احكام القتل الذى يتعلق بالجماد الذى لا اعتبار له اصلاً وهو الحائط المائل ، وإنما ذكره بالفصل لانه يلحق بالباب الذى قبله .

(قال) أى القدورى(وإذا مال الحائط الى طريق المسلمين وطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال)هذا كلام القدورى في مختصره . وقال الكرخي في مختصره : وإذا مال حائط من دار رجل على طريق نافذ أو دار رجل فلم يطالب بنقضه ولم يشهد عليه فيه حتى سقط على رجل فقتله أو على متاع فسده أو على حيوان فعطب به ، فلا ضمان على صاحب الحائط في شيء من ذلك وإن تقدم اليه في هدمه وأشهد عليه ثم سقط في مدة قد امكنه نقضه فيها بعد الاشهاد فهو ضامن ، وان كان لم يفرط في نقضه وذهب يطلب من يهدمه فكان في طلبه ذلك حتى استأجر من يهدمه فسقط الحائط فقتل انساناً أو عقر دابة أو فسد متاعاً فلا ضمان عليه .

قال محمد « ره » : والاشهاد ، أن يقول الرجل : اشهدوا اني قد تقدمت إلى هذا

والقياس أن لا يضمن لأنه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لأن أصل البناء كان في ملكه والميلان ، وشغل الهواء ليس من فعله ، فصار كما قبل الإشهاد وجه الإستحسان إن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين

الرجل في هدم حائطه هذا فإذا فعل فقد لزمــه نقضه على حال الامكان فإن اخر ذلك وفرط عما وصفت لك ضمن ما جنى عليه الحائط فإن كانت جنايته على إنسان ، فهو على العاقلة إذا كانت نفساً أو دونها إذا بلغ من دية الرجل نصف عشر دية إذا كان المجني عليه رجلا. وإن كان المجني عليه امرأة فإذا بلغ ارش جنايتها عشر ديتها وما كان أقل من ذلك فهو في ماله . وما كان في غير بني آدم فهو في ماله حال .

(والقياس أن لا يضمن) وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله في المنصوص منه ، لأنــه بناه في ملكه ولا تعدى منه (لأنه لا صنع منــه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لأن اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبــل الاشهاد) أي في صنعته مباشرة أما كونه لا صنع فيه فظاهر وأما كونه لا مباشرة وهو القتل بسبب كحفر البير ونحوه قوله : هو متعد فيه جملة وقعت صفة كمباشرة شرط المسألة مصورة فيما إذا بناه مستوياً . ثم صار مائلا .

وأوضح ذلك تاج الشريعة رحمه الله تعـــالى قبله والقياس أن لا يضمن لأن ضمان الجناية بالمباشرة أو التسبب . ولم يوجد شيء منها . أما المباشرة : فلأنه لم يتصل بالمؤلف فعل من صاحب الحائط . الا ترى أنه لم يجب عليـــه الكفارة ، ولا يحرم عن الميراث وإن شهد عليه . وأما التسبب : فلأنه أبطل أثر فعـــل ، وهو يعد من المتلف كحفر البير والحائط .

وإن كان أثر فعل إلا أنه مباح . لأنه ، إن فعل حصل في ملكه . وفعل الانسان في ملكه مباح وأثر فعله المباح لا يصلح سبباً للضمان كحفر البير في ملكه غايـــة ما في الباب أنه ترك معروفاً وأنه لا يوجب الضمان ، كما لو أرسل انسان دابته في مراعي فدخل فى زرع انسان فأخبر بذلك فلم يخرجه حتى افسد زرعه لم يضمن لهذا المعنى كذا هذا .

(وجــه الاستحسان أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين

بملكه ودفعه في يده ، فإذا تقدم إليه وطولب بتفريغه ، يجب عليه . فإذا امتنع ، صار متعدياً بمنزلة ما لو وقـــع ثوب انسان في حجره يصير متعدياً بالإمتناع عن التسليم إذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ، ولأنا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذراً على أنفسهم فيتعذرون به . ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هـــذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ،

بملكه ودفعه في يده فإذا تقدم) على صيغة المجهول (إليه وطولب بتفريغه، يجب عليه، فإذا امتنع صار متعدياً)وتوجه الاستحسان .

قال مالك وابراهيم النخعي وسفيـــان الثوري رحمهـــم الله وغيرهم من أئمـــة التابعين كشريح والشعبي « رح » وروي ذلـك عن علي رضي الله تعالى عنه (بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعدياً بالامتناع عن التسليم إذا طولب به) حتى يضمن إذا ملك في يده (كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد) فإنه لا يضمن بالاجماع .

وعن بعض اصحاب احمد وجه : أنه يضمن قبل الاشهاد أيضاً به . قال ابن أبي ليلى، وأبو ثور واسحق (لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولأنا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ ، فينقطع المارة حذراً على انفسهم فيتضررون به . ودفع الضر العـــام من الواجب وله) .

أي ولصاحب الحائط (تعلق بالحائط) هذا جواب اشكال وهو أن يقال الهواء حق العامة وقد اشتغل بهذا الحائط فينبغي ان يكون تفريغه عليهم ، فأجـــاب بقوله : وله تعلق بالحائط يعني نقضاً وابقاء فكأنه هو اولى بذلك (فيتعين لدفع هذا الضرر) لتعلق الحائط به على الوجه الذي ذكرناه (وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه) أي من

ثم فيما تلف بـــه من النفوس تجب الدية . وتتحملها العاقلة لأنه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيـــه التخفيف بالطريق الأولى كيلا يؤدي إلى استئصاله والاجحاف به وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لأن العواقل لا تعقل الأموال والشرط التقدم إليه . وطلب النقض منه دون الاشهاد . وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من إثباته عنـــد إنكاره فكان من

الضرر . هذا أيضاً جواب عما يقال لو وجب عليه نقض الجدار لدفع الضرر العام يتضرر صاحب الجدار أيضاً . فأجـــاب بقوله : وكم من ضرر إلى آخره ... كالحجر على المفتي المتاجر والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس فإنهم يحجرون لدفع الضرر العام وإن كان أبو حنيفة « ره » لا يرى الحجر على البالغ العاقل الحر . (ثم فيما تلف به من النفوس ، تجب الدية وتتحملها العاقلة ، لأنه في كونه جناية دون الخطـــأ ، فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأولى كيلا يؤدى إلى استئصاله) أي انقطاعه بالكلية .

(والاجحاف به وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله ، لأن العواقل لا تعقل الأموال ، والشرط التقدم إليـــه) أى بشرط الضمان يقدم الطالب إلى صاحب الحائط وهو أن يقول له :

إن حائطك هذا مخوف . أو يقول : مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئاً ولو قال ينبغي أن تهدمه فذاك مشهود ويشترط أن يكون المتقدم من صاحب حق لواحد من العامة ، مسلماً كان أو ذمياً أو صبياً أو امرأة إن مال إلى طريقهم وواحد من أصحاب السكة الخاصة إن مال إليها وصاحب الدار أو سكانها إن مال إليها وأن يكون إلى من له الولاية التفريغ حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار بإجارة أو اعارة ، فلم ينقض حتى سقط على انسان فلا ضمان على احد . (وطلب النقض منـــه) أى وطلب نقض الحائط من صاحبه (دون الاشهاد) أي ليس بشرط (وإنما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عنـــد انكاره) أي انكـار المطلوب بالهدم (وكان) أي الاشهـاد (من باب الاحتياط) ولهـــذا لو اعترف صاحبه أى طولب بنقضه ، وجب عليـــه

باب الإحتياط وصورة الاشهاد أن يقول الرجل اشهدوا أني قـــد تقدمت لهذا الرجل في هـدم حانطه هـذا . ولا يصـح الاشهاد قبل أن يميل الحائط لانعدام التعدي قال : ولو بني الحائط مائلاً في الابتداء ... قالوا : يضمن مـــا تلف بسقوطه من غير اشهاد ، لأن البناء تعد ابتداء كما في اشراع الجناح . قال : وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم لأن هذه ليست بشهادة على القتل . وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لأنه لا بـــد من امكان النقض ليصير بتركه جانياً ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي ، لأن الناس كلهم شركاء في المرور ، فيصح التقدم اليـــه

الضمان وإن لم يشهد عليه ذكره في التحفة (وصورة الإشهاد أن يقول الرجل : اشهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الإشهاد قبل أن يهي الحائط) أي قبل أن يميل الحائط إلى السقوط وهو من وهى يهي اصله يوهي فحذفت الواو فصار يهي وذلك لوقوع الواو بين الياء والكسرة كما في يعد اصله يوعد (لانعدام التعدي).

أى قيل : وهى الحائط إلى السقوط (قال ولو بني الحائط مائـلاً في الابتداء قالوا) أى المشائخ (يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد ، لأن البناء تعد ابتداء) أى في ابتداء الأمر (كما في اشراع الجناح) أى لا يعـــد فيه إبتداء (قال وتقبـــل شهادة رجلين أو رجـل وامرأتين على التقدم لأن هذه ليست بشهادة على القتل) يعني لو كانت شهادة على نفس القتل لم يقبل شهادة النساء بشبهة البدلية بل هي شهادة على ميلان الحائط فتقبل شهادة رجـل وامرأتين (وشرط الترك) أى بشرط القدوري ترك النقض (في مدة يقدر على نقضه فيها لأنه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانياً) لأنه ربما لايتمكن من النقض إما لجهله بذلك أو لعدم الآلة ، فلا بد من زمان يقدر فيه على النقض حتى يكون بتركه بعد ذلك متعدياً (ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي ، لأن الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم إليـــه من كل واحد منهم رجلاً كان أو امرأة حراً كان أو مكاتباً)

من كل واحد منهم ، رجلاً كان أو امرأة ، حراً كان أو مكاتباً .
ويصح التقدم إليه عند السلطان وغيره لأنه مطالبة بالتفريغ فتيفرد كل صاحب حق به وان مال إلى دار رجل فالمطالبة إلى مالك الدار خاصة لأن الحق له على الخصوص وإن كان فيها مكان لهم ان يطالبوه لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار فكذا بإزالة ما شغل هواءها ولو أجله صاحب الدار أو أبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لأن الحق لهم بخلاف مـــا إذا مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من اشهد عليه حيث لا يصح

وقال الأقطع في شرحه :
وكذلك لو طالبت به امرأة أو صبي أو غريب من بلد آخر لأن جميع هؤلاء لهـــم المرور في الطريق فصحت مطالبتهم .
وفي شرح الطحاوي : والخصومة فيه إلى كل واحد من النـــاس ، مسلماً كان أو ذمياً بعد أن يكون حراً بالغاً عاقلاً ، أو كان صغيراً أذن له وليـــه في الخصومة أو كان عبداً أذن له مولاه . (ويصح التقدم إليه) أي إلى صاحب الحائط . (عند السلطان وغيره) أي وغير السلطان (لأنه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به) أي بالطلب حق إذا لم يأخذ في نقضه عند ذلك فهو ضامن لما أصاب (قال) أي القدوري (وإن مـــال) أي الحائط (إلى دار رجل فالمطالبة إلى مالـــك الدار خاصة لأن الحق له على الخصوص وإن كان فيها) أي في الدار (مكان لهم) كالمستأجر والمستعير لهم (أن يطالبوه لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار فكذا بإزالة ما شغل هواءها ولو اجلـــه صاحب الدار) يعني إذا كان الميلان إلى دار رجل فأجله صاحب الدار (أو ابراه منها) أي من الجنـــاية (أو فعل ذلك) أي التأجيل(ساكنوها فذلك) أي التأجيل أو الابراء (جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لأن الحق لهم بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجلـــه القاضي أو من

لأن الحق لجماعة المسلمين وليس إليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعدما اشهد عليه وقبضها المشترى برىء من ضمان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لأنه كان جانياً بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ، ولا ضمان على المشترى لأنه لم يشهد عليه ... ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعدما طولب به والأصل انه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح للتقدم إليه كالمرتهن والمستأجر والمودع ساكن الدار . ويصح التقدم إلى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك

اشهد عليه حيث لا يصح لأن الحق لجماعة المسلمين وليس إليهما ابطال حقهم) أى حق جماعة المسلمين .

(ولو باع الدار بعدما اشهد عليه وقبضها المشتري بريء) أى البائع (من ضمان لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لأنه كان جانياً بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا) أشار به إلى قوله في باب ما يحدثه الرجل في الطريق ولو أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً فالضمان على البائع (ولا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه . ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل) في هذا الباب (أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقديم إليه كالمستأجر والمرتهن والمودع وساكن الدار) وفي بعض النسخ وسكان الدار (ويصح التقدم إلى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك) . أي فكاك الرهن .

وإلى الوصي وإلى أب اليتيم وأمه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لأن فعل هؤلاء كفعله وإلى المكاتب لأن الولاية له .

فإن قلت : لو كان الراهن مفلساً لا يقدر على قضاء الدين ؟ ... قلت : يبيع الدار ويقضي الدين من ثمنها حتى ينقضه المشتري ... فإن قلت : من لم يجد من يشتري ؟ ... قلت : سأل الجصاص عن هذه المسألة بعينها قال: يكون التقدم إليه وإلى الأجنبي سواء ويجوز أن يتقدم إليه برفع الأمر إلى القاضي بأمر المرتهن بتمكنه من النقض إن كان المرتهن حاضراً وإن كان غائباً يأذن له بالنقض : وإذا ترك ذلك فامكنه النقض بهذا الطريق يكون متعدياً الكل من تاج الشريعة « ره » (وإلى الوصي) أي ويصح التقدم أيضاً إلى الوصي (وإلى أب اليتيم) قال شيخنا العلاء رحمه الله :

المراد من اليتيم الصبي لأن اليتيم لا أب له والمراد من الأب ، الجد ، لأن الجد يسمى الأب عند عدم الأب (أو أمه) أى أو أم الصبي (في حائط الصبي لقيام الولاية) للوصي والأب والأم (وذكر الأم في الزيادات) يعني إذا تقدم إلى أم الصبي في حائط مال لصغير لزم الضمان .

قال الاترازي : وفيه نظر لأنه لم يذكر في الزيادات الام ، بل ذكر الاب . والوصي كما ذكر في الاصل . فقال في الزيادات : حائط الصبي اشهد على أبيه أو على وصيه ، فالضمان على أبيه أو عاقلة الصبي ، فإن لم يسقط حتى كبر أو مات من اشهد عليه لم يكن فيه ضمان حتى يستأنف الاشهاد . وإن اشهد على صحيح في حائط ثم جزأ وارتد ولحق بدار الحرب بطل الإشهاد إلى هنا لفظ زيادات محمد برواية الزعفراني « ره » عنه (والضمان في مال اليتيم لأن فعل هؤلاء) أي فعل الوصي والاب والام (كفعله) أي كفعل الصبي والتقدم إليهم كالتقدم إلى الصبي (وإلى المكاتب) أى يصح التقدم إلى المكاتب في حائط له مائل (لأن الولاية له) أى للمكاتب . قال فخر الإسلام رحمه الله في شرح الزيادات مكاتب له حائط مائل إلى الطريق الاعظم فاشهد عليه ثم سقط فأتلف انساناً .

والى العبد التاجر سواء أكان عليـــه دين أو لم يكن لأن ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط إن كان مالاً فهو في عنق العبـــد وإن كان نفســـاً فهو على عاقلة المولى لأن الاشهاد من وجه على المولى وضمان المـــال أليق بالعبد ، وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة إلى القاضي ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتل غيره فعطب لا يضمنه

فعلى المكاتب الاقل من قيمتـــه . ومن دية المقتول فان ادى المكاتب فعتق ثم سقط فأتلف انساناً ففيه دية القتل على عاقلة مولاه .

وقال : وإذا عجز المكاتب ثم سقط الحائط المائل فأتلف انساناًفدمه هدر ولا شيء على المولى لعدم الإشهاد عليه (وإلى العبد التاجر) . أي يصح التقدم إلى العبد التاجر في حائط المائل (سواء كان عليه دين أو لم يكن ، لأن ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط إن كان مالاً ، فهو في عنق العبد) حتى يباع فيه كديون التجـــارة (وإن كان) أى التالف (نفساً فهو على عاقلة المولى ، لأن الإشهاد من وجه على المولى) لأن الحائط مملوك المولى والعبد متصرف للمولى (وضمان المال اليق بالعبد) لأنه ملحق بالاموال (وضمان النفس) اليق (بالمولى) لأن دية العبد غير قابلة لموجب جنـــاية الدم لأنه يشبه الصلاة والعبد ليس بأهل لذلك .

(ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة إلى القاضي) بمطالبة شركائه . وحيث لم يفعل ذلك ، صار مفرطاً فوجب الضمان بقسطه (ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الإشهاد فقتله فتعثر بالقتل غيره فعطب ، لا يضمنه) أي لا يضمن صاحب الحـــائط الذي

لأن التفريغ عنه إلى الأولياء، لا إليه .. وإن عطب بالنقض ضمنه لأن التفريغ اليه، إذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط المائل إشهاد على النقض، لأن المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لأن التفريغ وإن كان ملك غيره لا يضمنه لأن التفريغ إلى مالكها .

تعثر فهلك (لأن التفريغ عنه إلى الأولياء لا إليه) أي التفريغ عن القتيل الاول مفوض إلى الاولياء لأنهم الذين يتولون دفنه لا إلى صاحب الحائط .

(وإن عطب بالنقض ضمنه) أي صاحب الحائط (لأن التفريغ إليه) أي لأن تفريغ الطريق عن نقض الحائط إلى صاحب الحائط (إذ النقض ملكه والإشهاد على الحائط المائل ، اشهاد على النقض لأن المقصود امتناع الشغل) عن الهواء .

وعن أبي يوسف « ره » : أنه لا يضمن صاحب الحائط إلا إذا تقدم إليه بعد سقوط النقض بالتفريغ .

وروي عن محمد أنه يضمن ، وإن لم يتقدم إليه التفريغ (ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه) أي بسقوط الحائط (وهي) أي الجرة (ملكه ضمنه لأن التفريغ إليه وإن كان) أي الجرة (ملك غيره لا يضمنه لأن التفريغ إلى مالكها) .

وفي بعض النسخ : وإن كانت الجرة على تأويل المسمى قوله ، لا يضمنه . أي لا يضمن صاحب الحائط لو عثر انسان على الجرة ، ولا يضمن صاحب الجرة لأنه لم يوجد الإشهاد عليه حتى لو كانت الجرة لصاحب الحائط يضمن لقدرته على رفعها كالنقض .

وفي المبسوط وضع شيئاً على حائطه فدفع ذلك الشيء فأصاب انساناً ، فلا ضمان عليه لأنه وضعه في ملكه فلا يكون متعدياً فيما يحدثه سواء كان الحائط مائلاً أو لم يكن : لأن في الوضعين لا يكون ممنوعاً من وضع متاعه على ملكه ولكن ذكر في المبسوط سقوط الجرة فقط .

وفي رواية الكتاب ذكر سقوط الحائط مع سقوط الجرة (قال) أي محمد « ره » في

قــال: وإذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على أحدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلتــه وإن كانت دار بين ثلاثة نفر، فحفر أحدهم فيهــا بيراً والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطاً فعطب بــه إنسانا فعليه ثلث الدية على عاقلته وهـذا عند أبي حنيفة وقالا: عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هــدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مـر في عقر الأسد ونهش الحيــة وجرح الرجـل وله إن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقـل المقدر والعمق المقـدر

الجامع الصغير: (وإذا كان الحائط بين خمسة رجـال اشهد على احدهم فقتل انساناً ضمن خمس الدية ويكون ذلك على العاقلة وإن كان دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بيراً والحفر كان بغير رضاء الشريكين الآخرين، أو بنى حائطاً فعطب به انسـانا، فعليــه ثلث الدية على عاقلته. وهذا عند أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه).

(وقالا: عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين) أي في فصل الحائط المشترك بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة نفر وبه قال احمد.

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد (أن التلف بنصيب من اشهد عليــه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هــدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل) فإنه يكون نصفين النصف على الخارج والنصف هدر (وله) أي ولأبي حنيفـة «ره» (ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر) أراد بالقتــل المهلك (والعمق المقدر) المهلك لا بجرد الثقل وبجرد العمق لأن اليسير من ذلك لا يصلح علة التلف.

لان أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم يقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات بأن كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف إلا أن عنــــد المزاحمة اضيف إلى الكل لعدم الأولوية

(لأن اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علـة فتجتمع العلل وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم يقيم على اربابها بقدر الملــــك بخلاف الجراحات فإن كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت) أي الجراحة (أو كبرت على ماعرف . إلا أن عند المزاحمة أضيف الى الكل لعدم الاولوية) في الاضافة إلى البعض .

* * *

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال: الراكب ضامن لما أوطأت الدابة ما اصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت وكذا إذا صدمت. ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها. والأصل أن المرور في طريق المسلمين مباح، مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس فقلنا بالإباحة مقيداً بما ذكرنا

باب جناية البهيمة والجناية عليها

أي هذا باب في بيان أحكام جناية البهيمة وفي بيان جناية الآدمي على البهيمة وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد جناية المملوك لتفضيل النطق في المملوك الذي هو العبد ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم الفعل والنطق الحق هـذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق .

(قال) أي محمد « ره » في الجامع الصغير (الراكب ضامن لما اوطأت الدابة مـا أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت) الكدم العض بمقدم الاسنان كما يكدم الحمار ، والخبط الضرب باليد .

(وكذا) أي وكـذا يضمن الراكب (إذا صدمت) الصدم : الضرب بالجسد ، ومنه : إذا قتل الكلب الصيد صدما لا يؤكل . واصطدم الفارسان يعني : ضرب أحدهما الآخر بنفسه (ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها) . نفحت الدابة الشيء إذا ضربته بحافرها .

(والاصل) أي في هذا (أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس ، فقلنـا بالاباحة مقيداً بما ذكرنا) من شرط السلامـة (ليعتدل النظر من الجانبين) أي من بين

لتعدل النظر من ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الإبطاء ومـــا يضاهيه ممكن فإنه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنـــه مع السير على الدابة فلم يتقيد به ،فإن أوقفها في الطريق ، ضمن النفحة أيضاً ، لأنه يمكن التحرز عن الايقاف ، وإن لم يمكنه عن النفحة فصار متعدياً في الإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه

صاحب الدابة وجانب الرجل الذي جني عليه من جهـة الدابة ، ولا يضمن ما كان من الغبار بالمشي أو بسير الدابة لأنه لا يمكن الاحتراز عنه .

وكذا ما اثارت الدابة بسنابلها من الحصى الصغـــار لأنه لا يمكن أن يحترز عنه في السير . فأما الحصى الكبار فإن الراكب يضمن ما تولد منه لأن ذلـــك لا يكون إلا بالعنف على الدابة في السير . وقالوا في شرح الجامع الصغير : وإن لوقفها في الطريـــق ضمن النفحة أيضاً (ثم انما يتقيد بشرط السلامـــة فيما يمكن الاحتراز عنه ، ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابـــه) أي باب التصرف (وهو مفتوح) أي والحال أنه مفتوح .

(والاحتراز عن الابطاء وما يضاهيـــه) أي وما يشابهه (ممكن فإنه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجـــل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة ، فلم يتقيد به) أي بشرط السلامة .

(فإن أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضاً لأنه يمكنـــه التحرز عن الإيقاف وإن لم يمكنه عن النفحة ، فصار متعدياً في الإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه) ولو كانت سائرة وصاحبها معها قائداً أو سائقاً أو راكباً تضمن جميع ما جنت إلا النفحـــة بالرجل أو

قال وإن أصابت بيدها أو برجلها حصاة أو نواة،أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففقأ عين إنسان أوفسد ثوبه لم يضمن وإن كان حجراً كبيراً ضمن،لأنه في الوجه الأول لا يمكن التحرز عنه إذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لأنه ينفك عن السير عادة . إنما ذلك بتعنيف الراكب المرتدف فيما ذكرنا كالراكب لأن المعنى لا يختلف قال : فـإن راثت أو بالت في الطريق وهي تسير ، فعطب به انسان لم يضمن لأنه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز

الذنب . وبه قال احمد « ره » في رواية وعند الشافعي واحمد رحمهما الله في روايـة يضمنها أيضاً وهو قول ابن أبي ليلى « ره » وقال مالك رحمه الله : لا يضمنها .

(قال) أي محمد « ره » في الجامع الصغير (وإن أصابت بيدها أو برجلها حصاة ، أو نواة ، أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففقأ عين انسان أو افسد ثوبه لم يضمن وإن كان حجراً كبيراً ضمن لأنه في الوجـه الاول) وهو ما إذا كان الحجر صغيراً (لا يمكن التحرز عنه إذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثـاني) وهو ما إذا كان الحجر كبيراً (ممكن) أي الاحتراز (لأنه ينفك عن السير عادة إنما ذلك) لأن الظاهر أنـه نشأ (بتعنيف الراكب) في أمر السوق فيوصف بالتعدي ، فيؤخذ به .

(والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب) أراد بالمرتدف ، الرديف . وقوله فيما ذكرنا يعني في موجب الجناية (لأن المعنى لا يختلف) لأن الدابـة في ايديهما ويسيرانها ويوجهانها كيف شاؤوا،هذا ويروى عن شريح : وتجب الكفارة عليهما ، لأنهما كذا بخلاف القائد والسائق كذا في المبسوط وبه قال مالك وقال الشافعي واحمـد واسحق « ره » : لا يضمن الرديف .

وعن احمد « ره » أرجو أن لا شيء عليه إذا كان أمـامه من يمسك العنان (قال) أي القدوري (فإن راثت أو بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لأنه من ضرورات السير ، فلا يمكن الاحتراز عنه وكـذا) أي لا يضمن (إذا اوقفها) أي

عنه . وكذا إذا أوقفها لذلك لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف . وإن أوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها أو بولها ضمن لأنه متعد في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير ثم هو أكثر ضرراً بالمارة من السير لما انه أدوم منه ، فلا يلحق به . والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها ، والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها . والمراد النفحة . قال رضي الله عنه : هكذا ذكره القدوري « رح » في مختصره ، وإليه مال بعض المشائخ ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا

الدابة (لذلك) أي لأجل البول أو الروث .

(لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك) أي البول والقاء الروث (إلا بالايقاف وإن أوقفها لغير ذلك) أي لغير البول ورمي الروث (فعطب انسان ببولها أو روثها ضمن لأنه متعد في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير ثم هو) أي الإيقاف (أكثر ضرراً بالمارة من السير لما أنه ادوم منه) أي من السير (فلا يلحق به) أي بالسير والائمة الثلاثة « ره » لا يفرقون ويوجبون الضمان بالروث والبول في الطريق مطلقاً .

وقال ابن قدامة « ره » : وقياس المذهب أنه لا يضمن ما تلف بذلك لأنه لا يمكن الاحتراز عنه (والسائق ضامن لما إصابت بيدها أو رجلها ، والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها) هذا لفظ القدوري « ره » . وقال المصنف رحمه الله : (والمراد النفحة) أي المراد من قوله أو رجلها النفحة بالرجل .

(قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري في مختصره وإليه مال بعض المشائخ) أي بعض مشائخ الطرق (ووجهه) أى وجه ما ذكره القدوري (أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز منه وقال أكثر

يمكنه التحرز عنه . وقال أكثر المشائخ « رح » إن السائق لا يضمن النفحة أيضاً ، وإن كان يراها . إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكن التحرز عنـــه ، بخلاف الكدم لإمكانه كبحها بلجامها ، وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الاصح . قال الشافعي : يضمنون النفحة كلهم لأن فعلهـــا مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرنا وقوله عليه السلام : الرجل جبار ، ومعناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل

المشائـخ) أي مشائخ ديارنا : ذكره في الذخيرة وهم مشائخ ماوراء النهر (إن السائق لا يضمن النفحة أيضاً وإن كان يراها إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكن التحرز عنـه بخلاف الكدم لإمكانه كبحها بلجامها) يقـال . كبح الدابـــة بلجامها هو أن يجذبها إلى نفسه لتقف .

(وبهذا) أي بقول أكثر المشائـخ (ينطق أكثر النسخ) أي نسخ القدوري (وهو الاصح . قال الشافعي : يضمنـون النفحـــة كلهم) أي الراكب والسائق والقائـــد . وبه قال مالك واحمد وابن أبي ليلى « رح » (لأن فعلها) أي فعل الدابـــة (مضاف إليهم) أي إلى الراكب والسائق والقائد .

(والحجة عليه) أي على الشافعي « ره » (ما ذكرناه) أشار إلى قوله وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه (وقوله عليه السلام) عطف على قوله ما ذكرناه أي الحجة عليه قوله عليه السلام أي قول النبي ﷺ (الرجل جبار) هذا الحديث اخرجه أبو داود والنسائي « ره » عن سفيـــان بن حسين ، عن الزهري ، عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله تعـــالى عنه ، عن النبي ﷺ قال : الرجل جبار .

وقال الخطابي : تكلم النـاس في هذا الحديث . قيل إنه غير محفوظ وسفيان بن حسين معروف بسوء الحفظ قلت استشهد به البخاري « ره » ، واخرج له مسلم « ره » في المقدمة ، ورواه محمد « ره » في كتاب الآثار ... أخبرنا ابو حنيفة ، حدثنا حماد ، عن ابراهيم النخعي رحمهم الله ، عن النبي ﷺ جرح العجماء جبار والمدن جبـــار والعنب جبار والرجل جبار والمعدن جبار . وفي الركاز الخمس وهو يفصل قوله جبار بيـــاض

بتخويف القتل كما في المكره ، وهـــذا تخويف بالضرب . وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ،ضمنه السائق والقائد ، لأنهما مسببان لمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها . ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لأن الراكب مباشر فيـــه لأن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له ، لأن سير الدابة

سكارى : أي هذا يعني النفحة هدر وهو معنى قوله (معناه النفحة بالرجل) .

لأن الوطىء مضمون بالاجماع (وانتقال الفعل) هذا جواب عن قول الشافعي «رح» لأن فعلها يضاف إليهم بالقياس على الأكراه بيانه أن انتقال الفعل إلى غيره إنما يكون (بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب) لأن القتل فـــلا يلحق به . قال الأكمل «رح» وفيه ضعف لأنه لم يقل بذلك قياسـاً على الاكراه ، وإنمـــا قال بناء على أصل آخر ، وهو أن سير الدابة مضاف إلى راكبها ولا كلام فيه ، وإنما الكلام في النفحة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف .

والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه مـــا ذكرنا . وقوله عليـــه السلام الرجل جبار .

(وفي الجامع الصغير) إنما أتى برواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة (وكل شيء ضمنه الراكب ، ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان لمباشرتها شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب إلا أن على الراكب الكفارة فيما اوطئته الدابة بيدها أو برجلهـــا ولا كفارة عليهما) أي على القائد والسائق (ولا على الراكب فيما وراء الايطاء) كالنفحة بالرجـــل والذنب في ذلك ، وانما الكفارة عليه في الإيطاء ، لأنه مباشر فيـــه ، وهو معنى قوله (لأن الراكب مباشر فيه لأن التلف بثقله وثقـــل الدابة تبـــع له ، لأن سير الدابة مضاف

مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة، لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل: لا يضمن السائق ما أوطئت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرنا، والسائق مسبب، والإضافة إلى المباشر أولى وقيل: الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان.

إليه) أي إلى الراكب . ألا ترى أنه يقال : سار فرسخاً ، وإن كان هو جالساً في منزجه لا يتحرك ؟

ولهذا ، لو سار في ملكه على دابته فوطئت بيدها أو رجلها وقتلت، فعليه الكفارة والدية ، إذ المباشرة في الملك وغيره سواء ذكره في المبسوط (وهي آلة له) أي الدابة آلة الركب (وهما) أي السائق والقائد (مسببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء)أي إلى محل الهلاك (وكذا الراكب في غير الايطاء) أي لا كفارة عليه في غير الإيطاء ، لأنه سبب في ذلك .

(والكفاره حكم المباشرة ، لا حكم التسبيب) فيجب عليه الكفارة في الإيطاء ، لأنه مباشر فيه (وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه) لأن كل واحد من حرمان الميراث والوصية (يختص بالمباشرة ولوكان راكب وسائق . قيل : لا يضمن السائق ما اوطئت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرنا) من قوله ، لأن التلف بثقله (والسائق مسبب والاضافة إلى المباشر اولى) لأنه لا عبرة التسبب مع المباشرة .

ألا ترى إلى الدفع مع الحفر (وقيل الضمان عليهما) أي على الراكب والسائق (لأن كل ذلك سبب الضمان) أي كل واحد منهما بانفراده عامل في الاتلاف ، لأن كل واحد لو انفرد أوجب الضمان .

قال واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي «رح» يجب على عاقلة كل واحدمنهما نصف دية الآخر لما روي ذلك عن علي رضي الله عنه ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ، ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمداً أو جرح كل واحد منهمانفسه وصاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق بيرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف . فكذا هذا ولنا أن الموت مضاف الى فعل صاحبه ، لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق

وقال الكرخي «رح» في مختصره : ولو أمر بنخسها وهو يسير فوطيت إنساناً فقتلته ، فالدية عليهما نصفان ، لان هما الآن راكب وسائق يعني ان الناخس كالسائق ولو كان ثمة سائق وراكب مشتركان في الضمان . وكذا الناخس ، يعني ان الناخس كالسائق وقال الإمام الاسبيجابي «رح» فإن كان سائق وراكب ، أو سائق وقائد أو راكب وقائد فالضمان عليهما جميعاً ، غير أن الكفارة على الراكب وحده .

(قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (وإذا اصطدم فارسان) تقييد بالفارسين اتفاقي ، إلا إن الحكم في الماشين كذلك أو قيده بحسب الغالب (فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رحمهما الله : يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر) به قال مالك «رح» (لما يروى ذلك عن علي رضى الله تعالى عنه) هذا غريب على ما نبينه ان شاء الله تعالى .

(ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمداً أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفراً على قارعة الطريق بيراً فانهار) أي سقط (عليهما ، يجب على كل واحد منهما النصف ... فكذا هذا) وهذا الذي ذكره زفر والشافعي «رح» ، هو القياس والاستحسان ما ذكره اصحابنا وبه قال احمد «رح » وهو قوله (ولنا ان الموت

فلا يصلح مستنداًللإضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالسبيل ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحاً لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره . وروي عن علي رضي الله عنه : انه أوجب على كل واحد منهـــا كل الدية ، فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان

مضاف إلى فعل صاحبه ، لان فعله في نفسه مباح ، وهو المشي في الطريق فــلا يصلح مستنداً للاضافة في حق الضمان كالماشي إذا لم يعلم بالسبيل ووقع فيها لا يهـدر شيء من دمه) بأن يقال : لولا مشيه لم يقع في البير ، فكذا هنا لا يهدر شيء من دمه ايضاً بأن يقال : لولا تقرب به نفسه من الصدوم لم يهلك .

(وفعل صاحبه وإن كان مباحا ، لكن الفعل المباح في غيره) أي في غـــير نفسه (سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره) فأهلكه ، يجب عليه الضمان .

(وروى عن علي رضى الله تعالى عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية) هـذا رواه ابن أبي شيبة «رح» في مصنفه . حدثنا عبد الرحمن بن سليمان عن اشعب ، عن حماد عن ابراهيم ، عن علي رضى الله عنه في فارسين اصطدما فمات أحدهما انه ضمن الحي للميت (فتعارضت روايتاه) أي رواية علي رضى الله تعالى عنه (فرجحنا) أي هـذه الرواية (بما ذكرنا) من الدليل .

وقال الكاكي «رح» إذ يقول : ما روى عن علي « رض» انه أوجب النصف محمول على ما إذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل منهما في العمد كما ذكر في الكتاب . قلت هذا كله تكلف ، وقد ذكرنا أن الذي احتج به زفر « رح » والشافعي حديث علي رضى الله تعالى عنـــه : المذكور غريب يعني لم يثبت ، فمن أين يأتي التمارض أو لم يأول وهذا من قلة الاطلاع في كتب الاحاديث .

(وفيما ذكر) أي الخصم (من المسائل) المذكورة (الفعلان) وهما : الاصطدام عمداً

محظوران فوضح الفرق هـــذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهـــدر الدم في الخطأ . ان الجناية تعلقت برقبته دفعـــا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد ، لان كل واحد منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بـــدلاً . ولو كان أحدهما حراً

والجرح (محظوران) أي غير مشروعين إذا كان كذلك (فوضح الفرق) بين المقيس والمقيس عليه .

وفي الاجناس قال أبو يوسف «رح» في نوادر هشام ، في رجلين علوا حبلاً ، فوقعا على وجههما جميعاً فماتا ، انه يضمن كل احد منهما دية صاحبه ، ولو وقـــع احدهما على قفاه والآخر على وجهه فماتا ، ضمن صاحب القفا دية صاحب الوجه ولو انقطع الحبـــل فوقعا جميعاً على اقفيتهما فماتا ضمن القاطع ديتهما ، وضمن الحبل .

فقيل لمحمد «رح» : إن وقعا على وجههما إذا قطع الحبل ؟ ... قال محمد «رح» هذا من قطع الحبل وقال محمد «رح» في نوادر رستم : أو وقعا على أقفيتهما وماتا ، لا ضمان على قاطع الحبل (هذا الذي ذكرنا) هو أنه يجب دية كل على عاقـــة الآخر (إذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم)أي يسقط (في الخطأ) يعني إذا اصطدم العبدان خطأ يعني فماتا هدر الدم .

(لان الجناية تعلقت برقبته)أي برقبة العبد الجاني (دفعاً وفداء) أي من حيث دفع المولى إياه ومن حيث ان يفديه ، ولما مات قبل ذلك فات محل الجناية إن خلف لا يضمن المولى شيئاً وهو معنى قوله (وقد فات) أي العبد (لا إلى خلف) لفوات محل الجناية (من غـــير فعل المولى) في العبدين (فهـــدر) أي فسقط الدم (ضرورة) وفي بعض النسخ فهدر ضرورة .

(وكذا الحكم في العمد) يعني فيما إذا وقع الاصطدام عمداً منهما (لان كل واحـــد منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلاً) لأن العبد لا مال له (ولو كان احدهما) أي أحد

والآخر عبداً ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة ، ولأن على أصل أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » تجب القيمة على العاقلة لأنه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلاً بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الاقدر وما اخلف من البدل وهو نصف القيمة .

المصطدمين (حراً ، والآخر عبداً ، ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد) لأن كل شيء من الحر فيه الدية ، ففيه القيمة من العبد، وكل شيء من الحر فيه نصف الدية، ففيه من العبد نصف القيمة .

(فيأخذها) أي فيأخذ القيمة (ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة) أي على قيمة العبد لانه لم يخلف شيئاً فيما زاد (لان على أصل أبي حنيفة ومحمد «رح» تجب القيمة على العاقلة) أراد أن الاصل أن العبد المقتول خطأ ، تجب قيمته على العاقلة عندهما .

وروى عن أبي يوسف أنه قال في مال القاتل : وإنما تجب قيمة العبد على القاتل عندهما (لانه ضمان الآدمي فقد أخلف بدلاً بهذا القدر فيأخذه) أي بدل العبد (ورثة الحر المقتول ، ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف) أي لعدم الخلف بموت العبد من غير خلف (وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد ، وهذا القدر يأخذه ولي المقتول . وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الاقدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة) فيأخذه الورثة من مولى العبد .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل

قال : ومن ساق دابة فوقع السرج على اجل فقتله ضمن . وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لأنــــه متعد في هذا التسبيب ، لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرداء لأنه لا يشد في العادة ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على مـــا مر من قبل فيقيد بشرط السلامة . قال : ومن قاد قطاراً ، فهو ضامن لما أوطأ فإن وطىء بعير

فقتله ضمن) هنا لفظ الجامع وقال المصنف «رح» (وكذا على هذا الحكم) يعني وصــول الضمان على السائق إذا وقعت (سائر ادواته كاللجام ونحوه) مثل الركب والمهرة وغـير ذلك لأن ذلك كتقصير منه لأنه لو أحكمها لم تقع .

(وكذا) الحكم في وقوع (ما يحمل عليها) أي على الدابة (لأنه متعـد) أي لأن السائق قد تعدى (في هذاالتسبيب لأن الوقوع) أي وقوع هذه الأشياء (بتقصير منه) أي من السائق (وهو) أي التقصير (ترك الشد والإحكام فيه)،أي في الشرح كما لو وقع الشيء المحمول على العاتق على انسان فقتله (بخلاف الرداء) الملبوس إذا سقط فأتلف شيئاً حيث لا يجب الضمان (لأنه) أي لأن الرداء (لا يشد في العادة) ولو تعثر اللابس فسقط الرداء ، ثم تعثر به انسان ، لم يضمن فكذا اذا سقط رداءه .

(ولأنه) أي ولأن السائق (قاصد لحفظ هذه الأشياء) يعني السرج وسائر الأدوات (كما في المحمول على عاتقه) اذا وقع على شيء فأتلفه فإنه يجب الضمان (دون اللباس) يعني لا يجب الضمان فيه ، لأنه لا يقصد حفظه (على ما مر من قبل) أي في باب مايحدثه الرجل في الطريق (فيتقيد بشرط السلامة) يعني في حكم السائق .

(قال) أي القدوري : (ومن قاد قطاراً) القطار : الإبل يقطر على نسق واحد ، والجمع قطر . (فهو) أي القائد (ضامن لما أوطأ) أي القطار (فإن وطىء بعير) أي

إنساناً ضمن به الدية على العاقلة لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعدياً بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وإن كان معه سائق ، فالضمان عليهما لأن قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه لاتصال الأزمة . وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل . أما إذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن

من القطار (انساناً ضمن به الدية على العاقلة لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعدياً بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدى سبب الضمان ، إلا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وان كان معه) أى مع القائد (سائق فالضمان عليهما لأن قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه) أى سائق الواحد (لا تصال الأزمة) أى أزمة القطار وهو جمع زمام .

وفي المبسوط : السائق تعرف للابل مما اصاب بالصدمة وغيرها . وكذا القائد مقرب في ذلك فيشتركان في الضمان لا سواهما في التسبب وإن كان بينهما سائق الإبل في وسط القطار فالضمان في جميع ذلك عليهم أثلاثاً ...

وقال الكرخي «رح» : قال محمد «رح» في املاء الكتابي ، لو ان رجلا كان يقود قطاراً وآخر من خلف القطار ليسوقه ويزجر الإبل مزجر يسوقه وعلى الإبل قوم في الحامل نيام أو غير نيام فوطىء بعير انساناً فقتله فالدية على عاقلة القائد والسائق والراكبين على البعير الذى وطي جميعاً الذين قدام البعير الذي وطي على عواقلهم جميعاً عدد الرؤوس والكفارة على الراكبين خاصة .

وقال الكرخي رحمه الله ومن كان من الركبان خلف البعير الذى وطىء لا يزجر الإبل ولا يسوقها راكباً على بعير فيها أو غير راكب فلا ضمان على احد منهم ، لأنهم ليسوا بقادة ولا ساقة .

(وهذا) اى وجوب الضمان على السائق والقائد جميعاً فيها (اذا كان السائق في

ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يده لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه

قـــال : وإن ربط رجل بعيراً إلى القطار والقائد لا يعلم ، فوطىء المربوط إنساناً فقتله ، فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره . فـــإذا ترك الصيانة ، صار متعدياً وفي التسبيب : الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ، ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط ، لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة ، وإنما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب لأن الربط من القود بمنزلة التسبيب

جانب من الإبل الأول اما اذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد من الإبل يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان) اى القائد الأول والثاني (ما تلف بما بين يديه) اى بين يدى السائق (لأن القائد الأول لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام) اى لانقطاعه .

(والسائق يسوق مايكون قدامه) حتى لو لم يسق ما كان قدامه يكون الضمان على القائد الأول لا غير كذا ذكر في المغني .

(قال : وان ربط رجل بعيراً الى القطار والقائد لا يعلم) فوطىء المربوط انساناً ، فقتله ، فعلى عاقلة القائد الدية قيد به اذ لو علم القائد بالربط ، حال السير فالدية على عاقلته ولا يرجعون بها على عاقلة الرابط لأن القائد لما علم بالربط ، فقد رضي بما يلحقه من الضمان ، فلا يرجع الحاصل ان زيل القائد بالربط لا يبقى ابتداء وجوب الضمان عنه لوجـــود الاتلاف منه والجهل يزيل الاثم دون الضمان كالنائم اذا انقلب على انسان .

(فوطىء المربوط انساناً فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعدياً وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لأنه هو الذى اوقعهم في هذه العهدة وإنما لا يجب الضمان عليهما) اى على القائد والرابط (في الابتداء وكل منهما) أى والحال ان كل منهما (مسبب

من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا إذا ربط والقطار تسير ، لأنه أمر بالقود دلالة فإذا لم يعلم بـــه ، لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط . أما إذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير إذنـــه لا صريحاً ولا دلالة ، فلا يرجع بما لحقه عليه . قال : ومن أرسل بهيمة وكان لها سائق فأصابت في فورها يضمنه ، لأن الفعل انتقل اليه بواسطة السوق .

لأن الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة) ولا شك ان المباشرة أقوى كالحافر مع الرافع .

(لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا) أي المشائخ (هذا) اى رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط (اذا ربط والقطار تسير) الواو فيه للحال (لأنه) اى لان الرابط (امر بالقود دلالة) يعني امر للقائد بقود بعيره حين سار دلالة ، يعني من حيث الدلالة وان لم يكن صريحاً . واذا لم يعلم به (فإذا لم يعلم القائد به ، لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط . اما اذا ربط الإبل قيام ثم قادها، ضمنها القائد) اى بلا رجوع (لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحاً ، ولا دلالة . فلا يرجع بما ألحقه عليه) .

قال المحبوبي «رح» . قال الحلواني «رح»: اذا ربط حال قيام الإبل ووقوفها، لا يضمن الرابط ، لأن ربطه قد زال هذا السبب بقود القائد فيبرأ عن موجبها . كمن وضع حجراً وحوله من ذلك إلى موضع آخر . لم يكن على الواضع الأول ضمان ما تلف به ، لأنه لما حوله زالت جناية كذا ههنا .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير :

(ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقاً). قال الصدر الشهيد«رح» وغيره: أراد بالبهيمة ، الكلب . وأراد بكونـــه سائقاً : أن يكون خلفه (فأصابت في فورها) أي في فور الإرسال .

قال : ولو أرسل طيراً وساقه ، فأصاب في فوره لم يضمن . والفرق أن بدن البهيمة يحتمل السوق ، فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة . وكذا لو أرسل كلباً ولم يكن له سائق لم يضمن ولو أرسله إلى صيد ولم يكن له سائق فأخذ الصيد وقتله حل ، ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها إلى غيرها ، هـــذا هو الحقيقة إلا أن الحاجة مست في الاصطياد

فإن قتل صيداً مملوكاً (يضمنه ، لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق . قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير : (ولو أرسل طيراً وساقــه ، فأصاب في فوره ، لم يضمن. والفرق) بين المسألتين : (أن بدن البهيمة يحتمل السوق) فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق (فصار وجود السوق وعدمه سواء بمنزلة) واحد .

ولهذا ، لوأدخل بازياً في الحرم أو صقراً وأرسله فجعل يقتل حمام الحرم ، لا يلزمــه شيء . لان الباز لا يحتمل السوق . ولو أشلى كلباً على رجل حتى عقره أو مزق ثيابه لا يضمن لأن يسوقه . أراد به : إذا كان خلفه لما مر وقيل إذا لم يكن خلفه،فعقر وتعلق بانسان إن كان غير معلم لا يضمن لأن غير المعلم إنما يذهب بطبـع نفسه لابالإرسال،وإن كان معلماً، فإن ذهب يميناً وشمالاً ومال عن الوجه الذي أرسله ثم أتلف انسانـــاً لا يضمن . لانه لا يضاف إلى السائق وإن أصابه من الوجه الذي ساقه وأرسله كان ضامناً. لانه ذهب بارسال صاحبه ، فكان مضافاً إلى المرسل .

كذا ذكر فخر الدين قاضي خان (وكذا لو أرسل كلباً ولم يكن له سائق لم يضمن) يعني إذا كان خلفه (ولو أرسله إلى صيد ولم يكن له سائق ، فأخذ الصيــد وقتله حـــل ووجهالفرق) بين المسألتين (أن البهيمة) أي الكلب (مختارة في فعلها) .

وفي بعض النسخ مختارة في فعله (ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلهـــا) أي فلا يضاف فعله (إلى غيرها هذا هو الحقيقة) أي فعل أحد لا يضاف إلى غــيره (إلا أن الحاجة مست في الاصطياد وأضيف إلى المرسل لأن الاصطياد مشروع ولا طريـــق له

فأضيف إلى المرسل لأن الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان . وعن أبي يوسف أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطاً صيانة لأموال الناس قال « رض » وذكر في المبسوط إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصابت في فورها فالمرسل ضامن لأن سيرها مضاف اليـــه ما دامت تسير على سننها وإن انعطفت يمنـــة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا إذا وقفت ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت فأخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانـه لتمكنه من الصيد وهـذه تنافي مقصود المرسل وهو السير

سواه ، ولا حاجة في حق ضمـــان العدوان) أي لا ضرورة في وجوب العدوان فلا تسقط عبرتها .

(وعن أبي يوسف«رح» أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطاً صيانة لأموال الناس) وجعل شيخي العلاء «رح» هذا نسخه يعني يوجد هذا في بعض النسخ (قال) أي المصنف (وذكر في المبسوط إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصابت في فورها فالمرسل ضامن لأن سيرها يضاف إليه مادامت تسير على سننها) فيضمن. قال الصدر الشهير وعليه الفتوى وبه قال الشافعي وأحمد . وعند مالك فعل العجماء جبار بأي وجه كان .

(ولو انعطفت) أي الدابة (يمنة أو يسرة انقطع حـكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه) أي سوى طريق اليمنة واليسرة بأن كان على الجادة ما أوصل الطريق لا ينقطع حكم الإرسال .

(وكذا) أي كذا لا ينقطع حكم الإرسال (إذا وقفت ثم سارت بخلاف مـــا إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت فأخذ الصيد لأن تلك الوقفـة تحقق مقصود المرسل لأنه لتمكنه من الصيد وهذه) أي وقفة الدابة (تنافي مقصود المرسـل وهو السير)

فينقطع حكم الإرسال وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفساً أو مالاً في فوره لا يضمنه من أرسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لأن شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي قـــال ولو أرسل بهيمة فافسدت

فإن المقصود من الإرسال هو السير لا الوقوف .

فإذا كان كذلك (فينقطع حكم الإرسال وبخلاف) معطوف على قوله بخلاف ما إذا وقفت (ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفساً أو مالاً في فوره ، لا يضمنه مـن أرسله وفي الإرسال في الطريق يضمنه) يريد بهذا : الفرق بين الارسالين : الارسال إلى الطريـــق ، والارسال إلى الصيد . ففي الأول لا ضمان عليـــه . وفي الثاني يجب الضمان إذا كان على الفور .

(لأن شغل الطريق تعد . فيضمن ما تولد منه . أما الارسال للاصطيـاد ، فمباح ولا تسبيب إلا بوصف التعدي) وقالوا في رجل له كلب عقور كلما مر عليه شيء عضـــه ، فلأهل القرية أن يقتلوه . فإن عض ، هل يجب الضمان على صاحبه .

إن لم يتقدموا عليه قبل القبض لا ضمان عليـه وإن كان تقدموا إلى صاحب الكلب فعليه الضمان بمنزلة الحائط المائل وقال الشافعي وأحمـــد « رحمهم الله » يضمن وإن لم يتقـــدم إليه .

وكذا في سنور معروف يأكل الطيور وفي المنتقى لو طرح رجلا قدام أسد أو سبع فقتله ليس على الطارح قود ولا دية ولكن يعزر ويضرب وبعدها يحبس حتى يتوب ويموت وقال أبو يوسف أنا أرى أن يحبس حتى يموت وعند الأئمة الثلاثة إن كان الغالب القتـــل يجب القود وإن كان لا يقتل غالباً فعند الشافعي «رح» قولان في قول يجب القود وفي قول لا يجب ولكن تجب الدية وبه قال أحمد وقياس قول مالك انه يجب القود .

(قال) أي المصنف «رح» وليس في كثير من النسخ لفظ قال (ولو أرسل بهيمـــة فأفسدت زرعاً على فوره) أي فور الإرسال والمراد بفور الإرسال أن لا يميل يميناً ولا

زرعاً على فوره ضمن المرسل وإن مالت يميناً أو شمالاً وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت دابة فأصابت مالا أو آدمياً ليلاً أو نهاراً لاضمان على صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار . وقال محمد رحمه الله هي المنفلتة ولأن الفعل غير مضاف اليـــه لعدم

شمالاً (ضمن المرسل وإن مالت يميناً أو شمالاً وله طريق آخر لا يضمن لـــا مر) وفي الفتاوى الصغرى أرسل حماره فدخل زرع إنسان فأفسده فان ساقه إلى الزرع ضمن وإن لم يسقها بان لم يكن خلفها وان لم تنعطف الدابة يميناً ولا شمالاً وذهب إلى الوجـه الذي أرسله صاحبه فأصاب الزرع ضمن أيضاً وان انعطف يميناً وشمالا فأصاب الزرع إن كان له طريق آخر لم يضمن والا يضمن في ديار شيخ الاسلام «رح»(ولو انفلتت الدابة فأصابت مالاً أو آدمياً ليلا أو نهاراً لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ(جرح العجماء جبار) الحديث رواه أبو داود وابن ماجة عن الليث بن سعد عن الزهري عن سعيد ابن المسيب عن أبي هريرة «رض» قال : قال رسول الله ﷺ العجماء جرحها جبار الحديث قال أبو داود المنفلتة أى العجماء التي لا يكون معها أحد ويكون بالنهار لا بالليل وقـال ابن ماجة الجبار الهدر الذى لا يغرم وفي الموطأ عن مالك الجبار الدية .

(وقال محمد «رح» هي المنفلتة) التي أهدر النبي ﷺ فعلها هي المنفلتة لا التي أرسلت فان فساد المرسلة إذا كان في فور الارسال ليس بجبار وإنما ذكر التفسير لئلا يجري الحديث على عمومه كما قال مالك «رح » وقال القدوري في شرحه وسواء كان انفلاتهـــا في ملك صاحبها أو في الطريق أو في ملك غيره لأنه لا صنع له في انفلاتها ولا يمكنه الاحتراز عن فعلها فلا يضمن ما تولد منه . انتهى .

وقال الشافعي إن كانت ذهبت نهاراً لا يضمن بـــه قال مالك وأحمد وأكثر فقهاء الحجـــاز .

(ولأن الفعل) أي فعل الدابة المنفلتة (غير مضاف إليه) أي إلى صاحب الدابـــة (لعدم ما يوجب النسبة إليه من الارسال واخواته) من السوق والقود والركوب ، وفي

ما يوجب النسبة إليه من الإرسال واخواته شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لأن المقصود منهـــا هو اللحم فلا يعتبر النقصان . وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي فيه النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة ولنا مــــا روي أنه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه

بعض النسخ قال (شاة لقصاب) أى قال محمد في الجامع الصغير شاة لقصاب (فقئت عينها ففيها ما نقصها) أى ما نقص الشاة من قيمتها (لأن المقصود منها) أى من شاة القصاب (هو اللحم فلا يعتبر النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره) بفتح الجيم وهو ما اتخـذ للنحر يقع على الذكر والأنثى كذا في الطحاوي والجزر القطع وجزر الجزور نحوهـــا والجزار هو الذي يجزر البقرة أى ينحرها (ربـع القيمـة) الواجب ربـع قيمة بقرة الجزار وجزوره (كذا) أى يجب ربـع القيمة (في عين الحمار والبغل والفرس) وفي جامـع البزدوى إنما وضع المسألة على هذا الوجه عين لم يقل في عين البقرة والجزور مطلقاً لبيان ان البقرة والجزور وإن أعدا للحم كما في شاة لا يختلف الجواب فيهما أعنى يجب ربـع قيمتها سواه كانا معدين للحم أو للحرث والحمل والركوب كما في الذي لا يؤكل لحمه كالحمار والبغل والفرق ان الشاة لا ينتفع بها للحمل بل ينتفع بها كالامعـة فيضمن النقصان من غير تقدير وأما البهائم فانها عاملة كالآدمي فينتفع بها بغير العمل أيضاً فأشبه الآدمي من وجه والمسألة من وجه فوجب لنصف التقدير الواجب في الانسان عملا بها .

(وقال الشافعي «رح» فيه النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة) وهو القياس قـول مالك وأحمد (ولنا ما روى أنه عليه السلام) أى أن النبي ﷺ (قضى في عين الدابة بربـــع القيمة) هذا رواه الطبراني في معجمه من حديث زيد بن ثابت «رض» أن النبي ﷺ قضى في عين الدابة بربـع قيمتها ورواه العقيلي في الضعفاء (وهكذا قضى عمر «رض») رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن جابر الجعفي عن الشعبي عن شريـح ان

ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبيه الآدمي . وقد تمسك للأكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين فبشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعنيا المستعمل فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات إحداها .

عمر «رض» كتب إليه في عين الدابة ربع ثمنها ورواه كذلك ابن أبي شيبة (ولأن فيها) دليل معقول على ذلك أي فى الدابة (مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه) أى من وجه الزينة والجمال (تشبه الآدمى . وقد تمسك للأكل فمن هذا الوجه) أى من وجه إمساكها للأكل (تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين فبشبه الآدمى فى إيجاب الربع وبالشبه الآخر فى نفي النصف) أى فى نفى نصف الإيجاب وفيه إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة فان المقصود منها اللحم وفقاء العين لا يفوته بل هو عيب يسير فيلزم نقصان المالية (ولأنه) أى ولأن الشاة هذا دليل آخر أى ولأن الشاة أيما يكن إلى آخره على ما تبين ولكن الاعتماد على الدليل الأول الأقوى أن العينين لا يضمنان نصف القيمة كذا قال فخر الاسلام «رح» وإنما قال ذلك لأن المعمول به فى هذا الباب النص وهو ورد فى عين واحدة فيقتصر علية قوله (إنما يمكن إقامة العمل بها) أى بالقيمة (بأربعة أعين عيناها) أى باعتبار الأربعة أعين وفى بعض النسخ بأربع أعين ثم بين الأربعة الأعين بقوله عيناها ، أى عينا الدابة (وعينا المستعمل) أى مستعمل الدابة فاذا كان كذلك (فكأنها) أى فكأن الدابة تكون (ذات أعين) فاذا كانت ذات أعين (أربعة فيجب الربع) أى ربع القيمة (بفوات أحدها) أى أحد الأعين الأربعة

(قال) وإنما قلنا قال المصنف لأن هذه المسألة وما بعدها ليست مذكورة في الهداية وإنما هي من مسائل الأصل . ذكرها المصنف تفريعاً .

قال ومن سار على دابة في الطريق فضر بهـــا رجل أو نخسها فنفحت رجلاً أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنهما ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده ولأن الناخس متعـــد في تسبيبه

(ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها) من النخس وهو الطعن بالعود ونحوه وهو من باب منع يمنع ومنه النخاس دلال الدواب (فنفحت رجلا) يقال نفحه برجله إذا ضربه بالحاء المهملة من باب منع (أو ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس) يعني إذا نخسها بغير إذن الراكب والسائق وبه صرح في المبسوط ولا يعلم فيه خلاف (دون الراكب) أي لا يلزم الراكب شيء فان قيل القياس يقتضى هـو أن يكون الزمان على الراكب لكونه مباشراً فان لم يكن متعدياً لأن التعدي ليس من شرط فان لم يختص به فلا أقل من الشركة والجواب أن القياس يترك بالأثر أشار إليه بقوله(هو) أي المذكور هو الذي (المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما) في رجـــل نخس دابة عليها راكب فصدمت آخر فقتلته أنه على الناخس لا على الراكب هذا غريب .

وقال الأترازي لما ذكر المسألة المذكورة الأصل قال بلغنا ذلـك عن عمر وعبد الله بن مسعود (رض) وروى عبد الرزاق في مصنفه عن معمر عن ابن مسعود وفيه إنمـا يضمن الناخس وروى ابن أبي شيبـــة في مصنفه نحوه عن شريح والشعبي ولأن الراكب دليل معقول .

(ولأن الراكب الدابة والمركب) الذي هو الدابة (مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده) أما فعل الراكب فلأنه انتقل إلى الدابة لأن الوثبـــة المهلكة إنما كانت منها فكان مضطراً في حركته وأما فعل الدابة فقد انتقل إلى الناخس لكونه الحامل على ذلك ملحاً فكان الحامل الناخس مميز له. الرابع للدابة والراكب معاً على ما فعلت الدابة والمدفوع إلى الشيء وإن كان مباشراً لا يعتبر مباشراً كما في الإيضاع الإكراه

والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي . حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لأنه متعد في الإيقاف أيضاً . قـــال وإن نفحت الناخس كان دمه هدر لأنه بمنزلة الجاني على نفسه وإن ألقت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لأنه متعد في تسبيبه وفيـــه الدية على العاقلة . قال ولو وثبت بنخسة على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك

الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشر ان فرض مباشراً ولا التسبب أيضاً لأنه معتمدالتعدي وهو منفرد (ولأن الناخس متعد) دليل آخر أي الناخس متعد (في تسبيبه) لأنالدابة عادتها عند النخس النفحة والوثبة (والراكب في فعله غير متعد) لعدم ضرر شيء منه .

(فيترجح جانبه) أي جانب الناخس (في التغريم التعدي) قيل فيه نظر لان الراكب إن كان فعله معتبراً فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه في وجوب الضمان كالنائم إذا انقلب على انسان فأهلكه يجب الضمان عليه ، والنائم ليس يوصف بالتعدي وإن لم يكن قتله معتبراً لكونه مرفوعاً فقد استغنى عن ذكره بذلك الدليل الاول .

وأجيب أن الراكب مباشر فيما إذا أتلف بالوطىء لانـــه يحصل التلف بالفعل وليس الكلام هاهنا في ذلك وإنما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمـــة فكان شيئين ورجح الناخس في التغريم وفي استعمال الترجيح هاهنا تسامح لان الشرط إذا كان منفرداً لا يصلح معارضاً حتى يحتاج إلى الترجيح ، قال الاكمل ولعل معناه فاعتبر موجبـــاً في التغريم لان الترجيح بسبب الإعتبار فكان ذكر التسبب وارادة المسبب .

(حتى لو كان واقفاً) أي حتى لو كان الراكب واقفاً (دابته) ودابة منصوبة بقوله واقفاً لانه من الوقوف لا من الوقف (على الطريــق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه) أي لان لصاحب الدابة (متعد في الإيقاف أيضاً وان نفحت الناخس كان دمه هدراً لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان ألقت الراكب) يعني بالنخس (فقتلتـــه كانت ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة قال ولو وثبت بنخسة

على الناخس دون الراكب لما بينـــاه . والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن أبي يوسف أنه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لأن التلف حصل بثقل الراكب ووطىء الدابـــة والثاني مضاف إلى الناخس فيجب الضمان عليهما . وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لأنه أمره بما يملكه إذ النخس في معنى السوق فصح امره

على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه) إشارة إلى قوله لانه متعد في تسبيبه كـذا قاله الكاكي وقال الاكمل لما بينا إشارة الى قوله لانـــه متعد في تسبيبه .

ولان الراكب والمركب مرفوعان وقال في النهاية هو قوله لانه متعد في تسبيبه قلت وهو مثل ما قاله الكـــاكي فكأنه نقله عن صاحب النهاية . وقال الاكمل ليس بشيء وسكت عليه فليتأمل .

(والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء) أى في ملكه يعني يجب الضمان على الناخس في كل حال وقيد بقوله في ملكه احترازاً عما تقدم من الإتفاق من غير الملك فانه ينتصف الضمان هناك على ما قبلها (وعن أبي يوسف «رح») رواه ابن سماعة عنه (أنـــه يجب الضمان على الناخس) في كل حال وقيد بقوله في ملكه احترازاً عما تقدم من الإتفاق في غير الملك ، فرواية ابن سماعة عنه أنه يجب الضمان على الناخس (والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطىء الدابة والثاني) أى وطىء الدابة (مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما ، وان نخسها بإذن الراكب كان ذلك) أى النخس من النخاس (بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه) أى على الناخس (في نفحتها لانـــه) أى لان الراكب (أمره) أى الناخس (بما يملكه) وهو النخس (إذ النخس في معنى السوق فصح أمره به) أى أمر الراكب بالنخس (وانتقل) أى النخس (اليـــه لمعنى الامر) أى الى الراكب .

به وانتقل إليه لمعنى الأمر. قال ولو وطئت رجلاً في مسيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعاً إذا كانت في فورها الذي نخسها لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما. والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث أنه إتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وإن كان علة للوطىء فالنخس ليس بشرط لهـــذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطىء وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح إنساناً فوقع في بير حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح

(ولو وطئت رجلا في مسيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالديـــة عليهما نصفين جميعاً) أي على الراكب والناخس (اذا كانت) أي النخسة (في فورهـا الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما) أي الى الراكب والناخس وفي بعض النسخ اليهما أي الى النفحة (والاذن يتناول فعله) أي فعل الناخس هذا جواب عن قوله ينبغي أن لا يضمن الناخس لانه متى أذنه بالنخس وفعله أي الراكب فلم يبق متعدياً بيان الجواب الاذن يتناول فعل الناخس الذي هـــو (السوق ولا يتناوله) أي ولا يتناوله فعله (من حيث أنه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه) أي على الناخس فكان متعدياً (والركوب وان كان علة للوطىء) هذا جواب سؤال آخر وهو أن الراكب صاحب علة اذ الركوب علة للوطىء واضافة الحكم الى العلة أولى من اضافته الى الشرط وتقرير الجواب أن يقـال أن الركوب وان كان علة لوطىء الراكب (فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطىء فصار علة العلة) أي ويكون علة العلة .

(ولهذا لا يترجح صاحب العلة) على الشرط ونظر المصنف لذلك بقوله (كمن جرح انساناً فوقع) أي المجروح (في بير حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما) أي على الجارح وحافر البئر (لما أن الحفر شرط وجـود علة أخرى) وهي القتل (دون

كذا هذا . ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الإيطاء لأنه فعل بأمره وقيل لا يرجع وهو الأصح فيما أراه لانه لم يأمره بالإيطاء والنخس ينفصل عنــــه وصار إذا أمر صبياً يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انساناً ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الآمر لانه أمره بالتسيير والإيطاء ينفصل عنه وكذا إذا ناوله سلاحاً فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم

علة الجرح كذا هذا) لان الركوب وان كان علة الوطيء فالنخس ليس بشرط لهــذه العلة بل هو شرط للسير والسير علة للوطيء فكان الوطيء ثابتاً بعلتين فيجب الضمان .

(ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانــه) أي لان الناخس (فعل بأمره) أي بأمر الراكب فيرجع عليه بما لحقه من العهدة (وقيل لا يرجع وهــو الأصح) أي عدم الرجوع هو الاصح قاله صاحب الهداية وقال (فيما أراه) بضم الهمزة أي فيما أظنه (لانه) أي لان الراكب (لم يأمره بالايطاء) بل أمره بالنخس (والنخس منفصل عنه) أي عن الايطاء (وصار) حكم هذا (كما اذا أمر صبياً يستمسك) أي يقدر على استمساك نفسه على فعل شيء وهو معنى قوله يستمسك (على الدابة بتسييرها فوطئت الدابة انساناً ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم)أي فان العاقلة (لا يرجعون على الآمر لأنه) أي لأن الآمر (أمره بالتسيير والإيطاء ينفصل عنه) أي عن التسيير .

وقيد الصبي بصفة الاستمساك لأنه إذا لم يكن مستمسكاً على الدابة وحمله رجــل على الدابة والدابة واقفة ثم سارت فأوطأت لا ضمان على عاقلة الصبي ولا على الذي حمله لأن تسيير الدابة لا يكون مضافاً إلى الصبي لأن الصبي عليها بمنزلة المتاع ولا على الحامل لأنه لم يسير الدابة فكانت الدابة كالمتفلتة فيكون فعله هدراً لقوله ﷺ فعل العجماء جبار والمراد المتفلتة كذا في الذخيرة ولا نعلم فيه خلاف .

(وكذا الحكم إذا ناوله) أي الصبي (سلاحاً فقتل بــه آخر) أي فقتل الصبي بالسلاح شخصاً آخر (حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس إنما يضمن إذا كان الايطاء

الناخس إنما يضمن إذا كان الإبطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافاً إليه وإذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافاً إلى الراكب على الكمال .

ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت في فورها فهو على الناخس وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره لأنه مضاف إليه والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته . وإن كان صبياً ففي ماله لأنهما مؤاخذان بأفعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت إنساناً فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لأنه متعد بشغل الطريق فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله والله أعلم

في فور النخس حتى يكون السوق مضافاً إليه ، وإذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافاً إلى الراكب على الكمال) .

(ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت في فورها فهو على الناخس) لا على القائد (وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره) أي غير السائق فالضمان على الناخس لا على السائق (لأنه) أي لأن التلف (مضاف إليه) أي إلى الناخس إذ الإنفلات أثر فعل الناخس وهو بشرط التلف (والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته) أي في رقبة العبد يدفع بها أو يفدى هذا إذا نخسه بغير إذن الراكب أما إذا نخسه بإذنه فإن كان التلف بالنفحه فلا ضمان على الراكب والقيد اذا كان يسير في الطريق ولو كان بالوطئة في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب يضمن نصف الدية وعتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب لأن الولي يرجع على الآمر بالأقل من قيمة العبد ومن نصف الدية .

(وان كان) أى الناخس (صبياً ففي ماله) يحتمل أن يراد به اذا كانت الجناية على المال أو فيما دون إرث الموضحة لان الجناية اذا كانت موجبة الدية فعلى عاقلته (لأنهما) أى لأن العبد والصبي (مؤاخذان بافعالهما ولو نخسها) أى الدابة (شيء منصوب في الطريق فنفحت انساناً فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لأنه متعد بشغل الطريق فأضيف اليه) أى فأضيف التلف الى الناصب (كأنه نخسها بفعله، والله أعلم) أى فكأن الناصب نخس الدابة بفعله.

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال وإذا جني العبد جناية خطأ قيل لمولاه إما أن تدفعه بهـــا أو تفديه وقال الشافعي جنايته في رقبته يباع فيها الا أن يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق

باب جناية المملوك والجناية عليه

أى هذا باب في بيان جناية المملوك على غيره وفي بيان جناية شخص على المملوك ولما فرغ من جناية الحر وهو المالك شرع في بيان العبد الذى هو المملوك (قال) أى القدورى « رح » (واذا جنى العبد) على حر أو على عبد (جناية خطأ قيل لمولاه اما أن تدفعه) أى العبد الى ولي الجاني (بها) أى بالجناية (أو تفديه) انما قيد بالخطأ لأن في العمد في النفس يجب القصاص عليه وفيما دون النفس تجب الدية خطأ أو عمداً لأن القصاص لا يجرى فيـه بين العبد والعبيد ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس (وقال الشافعي «رح» جنايته في رقبته يباع فيها الا أن يقضي المولى الإرش) وذكر شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي «رح» في شرح الكافي مذهب مالك «رح» كذلك وقال مالك يجب ذلك في عتق العبد يباع فيه إلا أن يقضي السيد وقال الحر في مختصره واذا جنى العبد على سيده أن يدفعه أو يفديه فإن كانت الجناية أكثر من قيمة العبد لم يكن على سيده أن يطالب بأكثر من قيمته (وفائـــدة الاختلاف) أى الخلاف بيننا وبين الشافعي «رح» تظهر (في اتباع الجاني بعـد العتق) يعني أن المجني عليه عند الشافعي رحمه الله يتبع العبد بعد العتق يعني اذا كانت قيمته غير معادلة للارش تبعه بعد العتق أما لو كان الإرش بقدر القيمة يكون على المولى والمولى يختار الفداء بعد العتق وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لأنه بعد العتق صار مختاراً للفداء في مبسوط بكر والأسرار ، حاصل الخلافان موجب جناية العبد على الآدمي على العبد عند الشافعي .

والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله تعالى عليهم له ان الأصل في موجب الجناية أن على المتلف لأنه هو الجاني إلا أن العاقلة تتحمل عنه

وعندنا يجب على المولى الدفع والفداء إلا أن الموجب الاصلي الدفع وله أن يختار الفداء حتى لو هلك العبد قالوا برىء المولى ولو كان الواجب أحد الشيئين والخيار اليه ينبغي أن يتعين الإرش بعد هلاكه وعند الشافعي «رح» موجب جناية عليه كموجب جناية على المال ومن حكم الدين اذا وجب على العبد يخير المولى بين البيع والدفع فى الدين وبه قال أحمد «رح» في رواية فعلى هذا لو كان قيمة قدر الإرش أو دونه فالسيد يخير بين الفداء والدفع وهو قول الحسن والثورى والشعبى وعطاء ومجاهد والزهرى وحماد رحمهم الله وقال أحمد « ر ح » فى رواية يلزم السيد دفعه وهو قول مالك والشافعى فى قول الا أن يفديه بالارش بالغاً ما بلغ .

(والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله تعالى عليهم) وقال الاكمل «رح» فعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وهكذا روى عن على ومعاذ بن جبل وغيرهما وروى عن علي رضى الله تعالى عنه مثل مذهبه قال عبيد الناس أموالهم جنايتهم فى قيمتهم أى فى أثمانهم لان الثمن قيمة العبد وقال الكاكى والمسألة مختلفة بين الصحابة «رض» روى عن علي «رض» أنه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنايتهم فى رقاب الناس كمذهبنا هكذا روي عن ابن عباس ومعاذ ابن جبل وأبي عبيدة بن الجراح وروي عن عمر رضى الله تعالى عنهم مثل مذهبه فذكره مثل ما ذكرنا وقال الأترازي :

ولنا ما روى أصحابنا فى كتبهم كالقدوري وغيره عن ابن عباس أنه قال عبيد الناس أموالهم وجنايتهم فى قيمتهم وعن علي «رض» مثله قلت مخرج الاحاديث لم يذكر إلا عن علي «رض» فقط فقال روى ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا حفص عن حجاج بن حصين الحارثى عن الشعبى عن الحارث عن علي قال اذا جنى العبد ففى رقبته ويخير مولاه ان شاء فداه وان شاء دفعه (وله) أي الشافعى (أن الاصل فى موجب الجناية أن على المتلف لانه هو الجانى الا أن العاقلة تتحمل عنه) أي عن الجانى (ولا عاقلة للعبد لان

ولا عاقلة للعبد لأن العقل عنده بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال . ولنا أن الأصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني تحرزاً عن استئصاله والاجحاف به إذ هو معذور فيه حيث لم يعتمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني إذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والأصل في العاقلة عندنا النصرة

العقل عنده بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب فى ذمته كما فى الدين) وهو ظاهر كما قلنا وفى بعض النسخ كما فى الذمى يعنى اذا قتل الذمى خطأ يجب دية المقتول فى ذمته لا على عاقلته كما فى اتلاف المال .

وقوله بعد هذا بخلاف الذمى الذى يدل على صحة هذه النسخة (ويتعلق برقبته) أي برقبة العبد (يباع فيه كما فى الجناية على المال) أى كما فى الضمان لاستهلاك الاموال (ولنا أن الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني) لكونه معذوراً والخطأ موضوع شرعاً وقال الأكمل « رح » في قوله ولنا أن الأصل ثبت وهو أن الحكم في مسألة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعندهم الوجوب على العبد لما ذكر وهو بناء على الأصل ونحن على أصل فمن أين يقوم لأحدنا حجة على الآخر .

ويمكن أن يقال الشافعي « رح » جعل وجوب موجب جنايته في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن إذا بينا الفرق بينهم فبقي أصله بلا أصل فيبطل وقد بين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذمي إلى آخره (تحرزاً عن استئصاله) أي لأجل التحرز عن انقطاعه بالكلية (والإجحاف به إذ هو) أي الاضرار به إذ هو أي الجاني في حالة الخطأ (معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية) ولكن لما وجب دفعاً لوحشته القتل عند الأولياء وصوناً للدم عن الهدر فلا يهدر (وتجب على عاقلة الجاني إذا كان له عاقلة والمولى عاقلته) أي عاقلة العبد (لأن العبد يستنصر به) أي بالمولى (والأصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على

حتى تجب على أهل الديوان بخلاف الذمي لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمتـــه صيانة للدم عن الهدر . وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال إلا أنه يخير بين الدفع والفداء لأنه واحد وفي إثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل .

غير ان الواجب الأصلي

أهل الديوان) وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان على ما يجيء بيانه في كتاب المعاقل إن شاء الله تعالى (بخلاف الذمي) جواب عـــن قياس الشافعي «رح» وجوب موجبه جناية العبد عليه قياساً على الذمي حيث يجب عليه بيانه أن الذمي لا يصح أن يقاس عليه (لأنهم) أي لأن أهل الذمة (لا يتعاقلون فيما بينهـم) أي لا يتناصرون (فـــلا عاقلة فتجب في ذمته) أي في ذمة الذمي (صيانة للدم عن الهدر) لأنـه إذا لم يجب عليه ولا عاقلة له فيجب عليها لكون الدم هدراً فـــلا يجوز إهداره .

(وبخلاف الجناية على المال) هذا جواب عن قياس الشافعي « ر ح » موجب جناية العبد عليه قياساً على الجناية في المال بيانه أن هذا القياس أيضاً غير صحيح (لأن العواقل لا تعقل المال) كما مر بيانه (إلا أنه) أي أن المولى هذا إستثناء من قوله والمولى عاقلة لأن العبد يستنصر به فإذا كان عاقلة (يخير بين الدفع والفداء) يعني إن شاء دفع العبد وإن شاء فداه فان قيل إذا كان المولى عاقلته ينبغي أن لا يخير بـــين الدفع والفدء كما لا يثبت الخيار في سائر العواقل فالجواب عنه ما قاله المصنف «رح» بقوله (لأنه واحد) أي لأن المولى واحد هاهنا في كونه عاقلة (وفي إثبات الخيرة) للمولى (نوع تخفيف في حقـه) بخلاف سائر العواقل لأن فيهم كثرة ويثبت الخفيف بالتوزيع عليهم فلا يثبت الخيار لهم (كيلا يستأصل) موجب الجناية (غير أن الواجب الأصلي) هذا جواب سؤال مقـدر وهو أن يقال لو كان موجب جناية على ذمة المولى ينبغي أن لا يسقط بموت العبد كـما في الحر الجاني إذا مات لا يسقط العقل عن عاقلته تقرير الجواب أن الواجب الأصلي في جناية

هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبـــد لفوات محل الموجب وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجـــاني الحر لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر. قال فـان دفعه ملكه ولى الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء

العبد (هو الدفع) أي دفعـه إلى ولي الجناية وأشار بقوله (في الصحيح) أي لخلاف فيه فان البعض قالوا الواجب الأصلي هو الفداء واختاره شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجابي في شرح الكافي لأن الأصل هو ضمان المتلف ولكن الدافع خلص عنه وأشار المصنف «رح» إلى أن الأصل هو الدفع واختاره أيضاً . (ولهذا) أي ولكون الواجب الأصلي هـــو الدفع (يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الموجب وإن كان له) أي للمولى (حـق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة) فان الموجب الأصلي فيه جزء من النصاب وللمالك أن ينتقل إلى القيمة (بخلاف موت الجاني الحر) هذا جواب عما يذكر هاهنا مستشهداً به كما ذكرناه آنفاً كما في الحر الجاني ، بيانه أن الواجب لا يسقط بموت الجاني الحر (لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء) أي من حيث الإستيفاء بخلاف العبد الجاني حيث يسقط الموجب بموته لأن الواجب يتعلق به استيفاء حيث يدفع في الجناية (فصار) أي الحـر (كالعبد في صدقة الفطر) أنها تجب عن العبد على المولى ولا يسقط بموت العبد (قال) أي القدوري (فان دفعه ملكه ولى الجناية) أي فإن دفع المولى العبد في جناية خطأ ملكه أي ملك العبد ولى الجناية وسقطت المطالبة عن المولى (وإن فداه فداه بإرشهـا) أي بإرش الجناية (وكل ذلك) أي الدفع والفداء (يلزمه حالاً) أى يلزم المولى على وجـه الحلول (اما الدفع فلأن التأجيل في الأعيان باطل) .

لأن التأجيل إنما شرع للتحصيل ترفيه وتحصيل الحاصل محال (وعند اختياره) أي اختيار المولى الدفع (الواجب عين) أي عين العبد (وأما الفداء) عطف على قوله أما الدفـــع

فلانه جعل بدلاً عن العبـــد في الشرع وإن كان مقدراً بالمتلف ولهـذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخـذ حكمه فلهـــذا وجب حـــالاً كالمبـدل وايهمـا اختـاره وفعله لا شيء لولى الجنايـة غيره اما الدفع فلأن حقه متعلق بـــه فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط حقه واما الفداء فلأنه لاحق إلا الارش فإذا أوفاه حقه سلم العبد له سلم له فإن لم يختر شيئاً حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على مابيناه وإن مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول

(فلأنه) أي فلأن الفداء (جعـــل بدلاً عن العبد في الشرع) فكان قائماً مقامـه فإذا كان كذلك يأخذ حكمه فلم يصح التأجيل كما لا يصح في الدفع (وإن كان مقـــدراً بالمتلف) كلمة ان واصلة بما قبلها يعني وإن كان الفداء مقدراً بالإرش قليلاً كان أو كـثيراً وهذا لا يمنع أن يكون بدلاً عن العبد قائماً مقامه (ولهذا) أي لكونه بدلاً عـــن العبد (سمي فداء ويقوم مقامـــه) أي مقام العبد (ويأخذ حكمه) أي حكم العبد إذا وقع فيكون حالاً مثله (فلهذا) أي فلكونه قائماً مقامه ويأخذ حكمه (وجب حالاً كالمبدل) في كونه واجباً حالاً (وأيهما) أى الواحد من الدفع والفداء (اختاره) أي المولى (وفعله) اما الدفع وإما الفداء (لا شيء لولي الجناية غيره) أي غير الذي اختاره المولى (أمـــا الدفع فلأن حقه يتعلق به) أي بالدفع (فإذا خلى) أي فإذا خلى المولى بين ولي الجنايـة (بينه وبين الرقبة) أى رقبة العبد (سقط حقه) أي حقه لوصوله إليه (وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الإرش فاذا أوفاه حقه سلم العبد) أي للمولى (فان لم يختر شيئاً حتى مـات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه) لأن حقه كان في الرقبة فاذا تلفت سقط ما لزمه بالهلاك كهلاك المال بعد وجوب الزكاة فيه ولا الجناية من العبد تسقط بموته كـما في العبد (على ما بيناه) إشارة إلى قوله الواجب الأصلي الدفـــع (وإن مات) أي العبد (بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى) فاذا مات العبد

الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى قال فإن عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الأولى معناه بعد الفداء لأنه لما طهر من الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جناية قـــال وان جنى جنايتين قيل للمولى إما أن يدفعه إلى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما وامـــا أن يفديه بارش كل واحد منهما لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الأول أولى

لم يسقط ما في ذمة المولى من الدين كسائر ديونه (قال) أي القدوري (فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الأولى) هـذا لفظ القدورى وقال المصنف (معناه بعد الفداء) يعني إذا فدى المولى عبده من جناية فعاد العبد بعد ذلك فجنى جناية أخرى خطأ كان حكمها حكم الأولى يعني يخاطب المولى بالدفع أو الفداء وإنما فسره المصنف بهذا لأنه إذا جنى ثانياً قبل الفداء كانت هي مثل مسألة التي قبلها (لأنه لما طهر) بالطاء المهملة (من الجناية بالفداء جعل كأن لم يكن وهذا) أى الذي وقع ثانياً (ابتداء جنايـــة) فحكمه حكم الجناية التي وقعت أولاً .

(قال) أى القدوري (وإن جنى) أى العبد (جنايتين قيل للمولى إما ان تدفعـه إلى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما وإما أن يفديه بإرش كل واحد منهما) أي من حقه كاملا أي بالرقبة (لأن تعلق الأولى) أى الجناية الأولى (برقبتـه) أى برقبة العبد (لا يمنع تعلق الثانية) أى الجناية الثانية (بها) أى بالرقبة والتذكير باعتبار العتق أو باعتبار المذكور (كالديون المتلاحقة) فان الدين الذى يلحق الدين لا يمنع أحدهمـا الآخر وبه قالت الثلاثة والحسن وحماد وربيعة وعن شريح يدفع إلى ولي الجنايـة الأولى إلا أن يفديه مولاه ثم يدفع إلى الثاني والثالث وبه قال الشعبي وقتادة (ألا ترى) توضيح لمـا قبله (أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليـه الأول أولى أن لا يمنع) لأن

أن لا يمنع . ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتهما وإن كانوا جماعة يقسمون العبد المدفوع على قـــدر حصصهم وإن فداه فداه بجميع ارشهم لما ذكرنا ولو قتل واحداً وفقأ عين آخر يقتسمانه أثلاثـــاً ، لأن ارش العين على النصف من إرش النفس ، وعلى هذا حكم الشجات . وللمولى أن يفدي من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقـــه من العبد ، لأن الحقوق مختلفة

الملك أقوى من الحق (ومعنى) أي معنى (قوله) القدوري (على قدر حقيهما على قدر إرش جنايتيهما) لأن المستحق يستحقه عوضاً عما فات فلا بد أن يقسم على قـدر العوض كذا في الإيضاح (وإن كانوا جماعة) يعني إن كان أولياء القتيل جماعة (يقسمون العبـد المدفوع على قدر حصصهم وإن فداه)أي وإن فدى المولى عبده لهم (فداه بجميع اروشهم) أي مقابلاً لجميع أروشهم (لما ذكرنا) يعني قوله لأن تعلق الأولى برقبتـه لا يمنع تعلق الثاني (ولو قتل) أي العبد (واحداً وفقأ عين آخر) أي شخص آخر .

(يقتسمانه) أي ولي القتيل ، والذى فقىء عينه يقتسمان العبد (أثلاثاً) بيانه قتل رجلا خطأ وفقأ عين آخر ثم اجتمعا ، واختار الولي الدفع فإنـه يدفع العبد إليهما أثلاثاً (لأن إرش العين) أي العين الواحدة (على النصف من إرش النفس) لأن ولي المقتول ثبت في الدية وهي عشرة آلاف ، وثبت حق المفقوء عينه في نصف الدية وكل واحد منهما يدلي بسبب صحيح ، فيصرف بجميع حقه ، فيقتسمان أثلاثاً .

(وعلى هذا حكم الشجات) جمع شجة ، وفي بعض النسخ حكم الشجات فالأول جمع كثرة ، والثاني جمع قلة ، بيانه شج رجلاً موضحة وآخر هاشمه ، وآخر منقلة ، ثم اختار الولي الدفع يدفع إلى صاحب الموضحة سدس العبد ،لأن له خمسمائة ، وإلى صاحب الهاشمة ثلاثة ، لأن له إلقاء والى صاحب المنقلة نصفه ، لأن له ألفاً وخمسمائة فيقتسمون الرقبـــة هكذا (وللمولى أن يفدي من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد) أشار لهذا إلى أن للمولى أن يخالف في الاختيـــار ، فيفدي من بعضهم إلى آخر ما ذكره

باختلاف أسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن يفدي من أحدهما ويدفع إلى الآخر ، لأن الحق متحد لاتحاد سببه ، وهي الجناية المتحدة ، والحق يجب للمقتول ، ثم للوارث خلافه عنه فلا يملك التفريق في موجبها . قال فــــإن أعتقه المولى وهو لايعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ، ومن إرشها وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الإرش ،

(لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهي الجنايات المختلفة) لأن كل واحد منهم لاينعلق حقه بحق صاحبه ، فجاز أن يختار في أحدهم خلاف ما يختار في حـق الآخر ، كما لو انفرد كل واحد منهم .

(بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له)أي للمولى (أن يفدي من أحـدهما ويدفع إلى الآخر ، لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة) أي جناية واحدة خير فيها بين الدفع فلم يملكه ببعض موجبها (والحق يجب للمقتول) أو قيل هذا جواب إشكال ، وهو أن يقال الحق إن كان متحداً بالنظر إلى سببـــه فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين فينبغي أن يكون حكم هذه المسألة مثل المسألة الأولى ، فأجاب بقوله أن الحق يجب للمقتول أو لا (ثم للوارث خلافـــة عنه) أي عن الميت أن الأصل في الاستحقاق الميت ، وهو واحد والوارثان خلف عنه ، فكان الإعتبار الاتحاد الأصل،فإذا كان كذلك (فلا يملك التفريق في موجبها) أي في موجب الجناية المتحدة .

(قال) أي القدوري (فان أعتقه المولى) أي فان أعتق العبد الجاني مولاه (وهو لا يعلم بالجناية) أي والحال أنه ما علم بالجناية (ضمن الاقل من قيمته ومن إرشهـا) أي ضمن المولى الاقل من قيمة العبد الجاني ومن إرش جناية أيهما كان أقل من الآخر يلزمـه ذلك ، وبه قال الشافعي في قول مالك يلزمه تمام الإرش ، وبه قال أحمد في روايـــة ، وهو قول مالك .

(وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الإرش) قليلاً كان أو كثيراً وقال الكرخي

لأن في الاول فوت حقه فيضمنه ، وحقه في أقلهما ولا يصير مختاراً للفداء ، لانه لا اختيار بدون العلم ، وفي الثـــاني صار مختاراً ، لان الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار منه للآخر . وعلى هذين الوجهين البيع والهبـــة والتدبير والاستيلاد ، لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به. بخلاف الإقرار على رواية الاصل، لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه وليس فيـــه نقل الملك ، لجواز أن يكون الامر كما قاله المقر ،

وإذا قتل عبد قتيلا خطأ فأخرجه المولى من ملكه ببيع إلى غيره أو عتقه ، أو دبره ، أو كانت أمة فاستولدها أو أقر به لرجل وهو يعلم فعليه إرش الجناية (لان في الاول) أي فيما أعتقه الولي وهو لا يعلم بالجناية (فوت حقه) أي حق المجني عليه (فيضمنه وحقه في أقلهما) أي من الاقل من القيمة ومن الارش (ولا يصير مختاراً للفداء لانــه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني) أى فيما إذا أعتقه بعد العلم بالجناية (صار مختاراً ، لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقــدام عليه) أى على العتق (اختيار منه للآخر) أى الفداء .

(وعلى هذين الوجهين) وهو العلم بالجناية وعدم العلم بها (البيع) بأن باع العبـد الجاني (والهبة) بأن وهبه لاحد (والتدبير) بأن دبره (والاستيلاد) بأن كانت أمـة فاستولدها (لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به) أى بالمذكور من هذه الاشياء (بخلاف الاقرار على رواية الاصل) يعني إذا أقر في يده العبد الجاني بأن العبد لفلان لا يصير مختاراً للفداء،توضيحه إذا جني العبد جناية يقال وليهما هو عبدك فادفعه أو أفده فقال هو لفلان الغائب وديعة عندى أو جارية أو أجير أو رهن لا يصير مختاراً للفداء (لانه لا يسقطه حق ولي الجناية ، فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه وليس فيه نقل الملك ، لجواز أن يكون الامر كمـــاقاله المقر) ولم يندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة، فان أقامها آخر الامر إلى قدوم الغائب ، وان لم يقمها خوطب بالدفع أو الفداء ولا يصير مختاراً للدية مع تمكينه من الدفع .

ولحقه الكرخي بالبيع واخواته، لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره،فأشبه البيع ، وإطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها ، وكذا المعنى لا يختلف ، وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري ، لانه يزيل الملك . بخلاف مـــا إذا كان الخيار

وقال القدوري في شرحه فان اختار الفداء ثم حضر الغائب وصدقه فهو مقطوع في الفداء ، لانه قرأ ملك غيره بغير أمره وقد كان يمكنه أن يتخلص من الفداء بالدفع،فاذا اختاره كان متبرعاً ، وان اختار الدفع ثم حضر الغائب فصدقه قليل له إن شئت فافسخ الدفع ، لان التصديق استند الى الاقرار الاول ، فصار ملكاً للعبد من ذلك الوقت وقد دفعه من ليس بمالك ، فان شاء اختار دفعه ، وان شاء فسخ وفدى .

(ولحقه الكرخي) أي ألحق الاقرار أبو الحسن الكرخي (بالبيـع واخواته) الهبة والتدبير والاستيلاد، يعني في صيرورته مختاراً (لانه ملكه في الظاهر، فيستحقة المقر له باقراره فأشبه البيـع) وفي الايضاح رواية الكرخي خارجة عن الاصول ، وهو قول زفر «رح» (وإطلاق الجواب في الكتاب) وهو قوله ضمن الاقل من قيمته ومن إرشهـــا وأراد بالكتاب القدورى (ينتظم النفس وما دونها) لان الجناية أعم من أن يكون على النفس أو على ما دونها فيكون مختاراً للفداء من هذه الاشياء بعد العلم بالجناية على النفس أو على ما دونها ، فان فعل قبل العلم يلزم الاقل من قيمة الجاني والارش (وكذا المعنى لا يختلف) أي المعنى الذي يكون به مختاراً للفداء أو لا يكون مختاراً في النفس وما دونه لانه لا يصح الاختيار بدون العلم ، فاذا علم فعل ذلك بعد الاعتاق ونحوه كان مختاراً ، وان فعل ويعلم لم يكن مختاراً ويلزمه الاقل ، لانه لا حق لولي الجناية فيما زاد على الارش إذا كان الارش أقل ، واذا كان قيمة الجاني أقل يلزم المولى ذلك ، لانه لم يفوت بفعله غير ذلك .

(وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشترى ، لأنه يزيل الملك) البيـع بشرط الإختيار للمشترى ملك البائع بالإجمـــاع ، وإن كانوا اختلفوا في ثبوت الملك للمشترى

للبائع ونقضه . وبخلاف العرض على البيع ، لان الملك ما زال . ولو باعه بيعاً فاسداً لم يصر مختاراً حتى يسلمه ، لان الزوال بـــه ، بخلاف الكتابة الفاسدة ، لان موجبه يثبت قبل قبض البدل ، فيصير بنفسها مختاراً . ولو باعه مولاه من المجني عليـــه فهو مختار . بخلاف ما إذا وهبه منه ، لان المستحق له أخذه بغير عوض ، وهو متحقق في الهبة دون البيع ، وإعتاق المجني عليه بأمر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه ،

(بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه ، وبخلاف العرض على البيع) يعني لا يكون مختاراً به (لأن الملك ما زال) فبقي الدفع ممكناً كما كان . وقال القدوري في شرحـه وقال زفر العرض اختيار لأنه يدل على سعة الملك .

(ولو باعه بيعاً فاسداً لم يصر مختاراً حتى يسلمه ، لأن الزوال به ، بخلاف الكتابة الفاسدة) يعني إذا كاتبه بعد العلم بالجناية كتابة فاسدة بأن كاتبه على خمر أو خنزير حيث يكون مختاراً (لأن موجبه) وهو استحقـاق العتق عند أداء العوض المشروط (يثبت قبل قبض البدل) أي بدل الكتابة (فيصير بنفسه) أي بنفس العقـــد (مختاراً) وفي الإيضاح كاتبه وهو يعلم بالجناية ثم عجز ، فإن كان خوصم قبل أن يعجز وقضى بالديـة ثم عجز لم يرتفع القضاء ، لأن وجوب البـدل استحكم بالقضاء ، وإن لم يحكم فيه حتى عجز كان له أن يدفعه ، لأن الدفع بالعجز . وعن أبي يوسف يصير مختاراً بالعقد لتعذر الدفع باعتبار فوات اليد .

(ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار ، بخلاف ما إذا وهبه منه) أي من المجني عليه (لأن المستحق له أخذه بغير عوض، وهو متحقق في الهبة دون البيـع) حيث لا يكون إلا بعوض ، لأنه تمليك بعوض (وإعتاق المجني عليه) يعني إذا أعتق المجني عليه العبد الجاني (بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرناه) أي في العلم بالجناية وعدمـه (لأن

لان فعل المأمور مضاف اليه ، ولو ضربه فنقصه فهو مختار إذا كان عالماً بالجناية ، لأنه حبس جزءاً منه ، وكذا إذا كانت بكراً فوطئها ، وإن لم يكن معلقاً لما قلنا ، بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم ، وبخلاف وطيء الثيب على ظاهر الرواية ، لانه لا ينقص من غير اعلاق ، وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ، ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ، ولا يصير مختاراً بالإجارة والرهن في الاظهر .

فعل المأمور مضاف إليه) أي إلى الأمر ، فكأنه أعتقه بنفسه .

(ولو ضربه) أي ولو ضرب عبده الجاني (فنقصه) بأن أثر الضرب فيه حتى صار مهرولاً ، وقلت قيمته بتغير أثر الضرب (فهو مختار إذا كان عالماً بالجناية ، لأنه) أي لأن المولى (حبس جزءا منه) أي من العبد ، فصار كما لو حبس الكل (وكذا) أي يكون مختاراً (إذا كانت بكراً فوطئها، وإن لم يكن معلقاً لما قلنا) من الاعلاق ، وقيد به لإثبات الفرق بين وطء البكر والثيب ، حيث توطأ بدون الاعلاق لا يصير مختاراً للفداء في ظاهر الرواية ، قاله الكاكي .

(بخلاف التزويج) أي لا يكون مختاراً للفداء بالتزويج (لأنه عيب من حيث الحكم) ولكنه ليس بنقص حقيقة وحكماً ، وهو ظاهر (وبخلاف وطء الثيب) أي لا يكون مختاراً للفداء بوطء الثيب (على ظاهر الرواية) وروي عن أبي يوسف أن الوطء اختيار كالثيب ، وبه قال زفر (لأنه) أي لأن وطء الثيب (لا ينقص من غير اعلاق، وبخلاف الاستخدام) أي لا يكون مختاراً للفداء أيضاً (لأنه) أي لأن الاستخدام (لا يختص بالملك) فلا يدل على اختيار الملك .

(ولهذا) أي ولكون الاستخدام لا يختص بالملك (لا يسقط به خيار الشرط) فيما إذا كان العبد المشروط فيه الخيار استخدامه المشتري فخياره باق، حتى لو هلك في الخدمة لا ضمان عليه ، وكذا لو كان عليه دين في استخدامه فهلك لايضمن للغرماء (ولا يصير مختاراً بالإجارة والرهن في الأظهر) لأن الإجارة تنقض بالأعذار ،فيكون قيام حق ولي الجناية

وكذا بالإذن في التجارة وان ركبـــه دين ، لان الإذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله ، لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته . قال ومن قـــال لعبده إن قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختاراً للفداء إن فعل ذلك . وقال زفر « رح » لا يصير مختاراً للفداء ، لأنه وقت لكلمة لا جناية ولا علم له بوجوده ، وبعـــد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً ، ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجـــد الشرط

فيه عذراً في نقص الإجارة والرهن يمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء ، فلم يتحقق عجزه دون الدفع ، وقوله في الأظهر احتراز عما ذكر ، ذكر في بعض نسخ الأصل أنه يكون مختاراً في الإجارة والرهن ، لأنه أثبت عليه يداً مستحقـــة ، وصار كالبيع (وكذا بالإذن في التجارة) يعني لا يكون مختاراً لأنه لا يعجزه عن الدفع (وإن ركبه دين) كلمة إن واصلة بما قبلها (لأن الإذن لا يفوت الدفع) لقيام ملكه (ولا ينقص الرقبة إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله ، لأن الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته) لأنه لما أبطل الدفع من حين اختياره توجبت القيمة .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن قال لعبده إن قتلت فلاناً أو رميتـــه أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء إن فعل ذلك) تلك الأفعـــال (وقال زفر لا يصير مختاراً للفداء ، لأنه وقت لكلمة لا جناية ولا علم له بوجوده ، وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً ، ألا ترى أنـــه لو علق الطلاق والعتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجـــد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث)ثم وجد الشرط وثبت

وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك ، كذا هذا . ولنا أنه علق الإعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجوده كالمنجز ، فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية ، ألا ترى أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فوالله لا أقربك ، يصير ابتـــداء الإيلاء من وقت الدخول . وكذا إذا قال لها إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فاراً لأنه يصير مطلقا بعد وجود المرض ، بخلاف مـــا إذا أورد لأن غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه ، إذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكن الامتناع عنـــه ،

العتق والطلاق لا يحنث (في يمينه تلك) أي اليمين الموجودة بعد تعليق العتاق والطلاق بالشرط (كذا هذا) .

(ولنا أنه علق الإعتاق بالجنايـــة والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز) عند وجوده (فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية) أي فصار كأن العبد قتل رجلا خطأ ، ورواه المعلق المولى فأعتقه بعد ذلك يكون مختاراً للفداء ، فكذا هذا . ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول) لأن من وقت القول ، فكـــذا هنا يصير كأنه أعتقه بعد الجنايـــة وهو يعلم بذلك .

(وكذا إذا قال لها إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فاراً) فترث المرأة (لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض) لأنه لـــا أضاف الطلاق إلى المرض صار كأنه طلقها بعد مرضه (بخلاف ما إذا أورد لأن غرضه طـــلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه إذ اليمين للمنع) لأنه غرض أراد من يمينه المنع (فلا يدخـــل تحته ما لا يمكن الامتناع عنه) لأنه لا يقدر على الامتناع مما علقه قبل الحلف ، فلم يكن

ولأنـــه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي إليه ، والظاهر أنه يفعله ، فهذا دلالة الإختيار . قـــال وإذا قطع العبد يد رجل عمداً فدفع إليـــه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية ، وإن كان لم يعتقه رده على المولى ، وقيل للأولياء اقتلوه أو اعفوا عنه . ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقـــه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلاً ، لأن الصلح كان عن المال ، لأن أطراف العبد لا يجرى القصاص بينهما وبين أطراف الحر ، فإذا سرى تبين أن المـــال غير واجب ، وإنما الواجب هو القود ، فكان الصلح واقعاً بغير بدل فبطل

ذلك داخلا تحت يمينه ، ولم يكن ذلك مراداً بيمينهم ، بل كان المراد منهـــا ما يمكن الامتناع عنهمما يحدث في المستقبل فلم يرد ذلك علينا .

(ولأنه)دليل آخر،أي ولأن المولى (حرضه) أي حرض العبد (على مباشرةالشرط) الشرط وهو القتل أو الرمي أو الشج (بتعليق أقوى الدواعي إليه) أي الشرط وهـو الحرية (والظاهر أنه يفعله) رغبة منه في الحرية (فهذا دلالة الاختيار) .

(قال) أي محمد في الجامع (وإذا قطع العبد يد رجل عمداً فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه) أي المجني عليه (ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وإن كان لم يعتقـــه رده على المولى ، وقيل للأولياء اقتلوه أو اعفوا عنه . ووجه ذلك) يريد به بيان الفرق بينهما إذا أعتق ، وبينهما إذا لم يعتق (وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح) أي الدفع (وقع باطلا) وسماه صلحاً بناء على ما اختاره بعض المشايخ ، أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به،وإنما وقع باطلا (لأن الصلح كان عن المال ، لأن أطراف العبد لا يجري القصاص بينهما وبـين أطراف الحر، فإذا سرى تبين أن المال غير واجب ، وإنما الواجب هو القود) أي القصاص (فكان الصلح واقعـاً

والباطل لا يورث الشبهة ، كما إذا وطىء المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح ، لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ، ولا صحة له الا وان يجعل صلحاً عن الجناية ، وما يحدث منها . ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به ، لأنه لما رضي يكون العبد عوضاً عن القليل يكون أرضى بكونه عوضاً عن الكثير ، فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء ، وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء ، والصلح الأول وقع باطلاً فيرد العبد إلى المولى والأولياء على في العفو والقتل . وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمداً

بغير بدل فبطل) لأن الذي وقع الصلح عنه وهو المال قد زال ، والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل (والباطل لا يورث الشبهة ، كما إذا وطىء المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه) فإنه لا يصير شبهة لدرء الحد (فوجب القصاص) .

(بخلاف ما إذا أعتقه ، لأن إقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح، لأن الظاهر) من حال المعقد له (أن من أقدم منهم على تصرف يقصد تصحيحه) لاظهار الصحيح قراراً من الباطل (ولا صحة له) لهذا الصلح (إلا وأن يجعل صلحاً عن الجناية وما يحدث منها) فيجعل مصالحاً عن ذلك فبقي الاقدام على الاعتاق .

(ولهذا لو نص عليه) أي على أن يكون العبد صلحاً عن الجناية وما يحدث منها (ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به لأنه لما رضي يكون العبد عوضاً عن القليل) وهو اليد (يكون أرضى بكونه عوضاً عن الكثير) وهو السراية إلى النفس (فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء ، وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء ، والصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى ، والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل ، وذكر في بعض النسخ) أى نسخ الجامع

فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه إليه فأعتقــــه المقطوعة يده ثم مات من ذلك ، قال العبد صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا من الرواية ، وهذا الوضع يرد اشكالاً فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ، ومات حيث لا يجب القصاص هنالك ، وها هنا قـــال يجب . قيل ما ذكر ها هنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعاً على القياس والاستحسان ، وقيل بينهما فرق ، ووجهـــه أن العفو عن اليد صح ظاهراً ، لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح

الصغير ، وبه صرح فخر الاسلام في جامعه وصاحب الكافي فيه (رجل قطع يد رجل عمداً فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد فدفعه اليد فأعتقه المقطوعة يـده ثم مات من ذلك ، قال) أي المصنف (العبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية) يعني وإن لم يعتقه رد إلى مولاه ، ويجعل الأولياء على خيرتهم بين القتل والعفو (وهذا الوضع) قيل إن الموضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة . وقال الأترازى أي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة ، وفي النسخة الأخرى جميعاً (يرد إشكالاً) في هذه المسألة وهي قوله (فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك) يعني ثمة هل تجب الدية لكون العفو عن اليد شبهة .

(وهاهنا) أي في هذه المسألة (قال يجب) أي القصاص ، وهذا وجه الاشكال، ثم أشار المصنف إلى وجه دفع هذا الاشكال بقوله (قيل ما ذكر هنا) من وجوب القصاص (جواب القياس) وما ذكر هناك جواب الاستحسان (فيكون الوضعان جميعاً على القياس في الأول ، والاستحسان) في الثاني فاندفع التدافع ، وحصل التوافق .

(وقيل بينهما فرق) أي بين الوضعين فرق ظاهر ، يعني بين هـــذه المسألة ومسألة العفو عن اليد حيث وجب القصاص هنا ولم يجب ثمة ، بل وجبت الدية .

(ووجهه) أي وجه الفرق (أن العفو عن اليد صح ظاهراً ، لأن الحق كان له في اليد

العفو ظاهراً ، فبعـــد ذلك وان بطل حكما يبقى موجوداً حقيقة فكفى ذلك منع وجوب القصاص ماها هنا الصلح لا يبطل الجناية ، بل يقررها حيث صالح عنها على مال ، فإذا لم يبطل الجناية لم يمنع العقوبة ، هذا اذا لم يعتقه ، أما اذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل. قال فإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان ، قيمة لصاحب الدين ، وقيمة لأولياء الجناية لأنه أتلف حقين كل واحـــد منهما مضمون بكل القيمة على الإنفراد أن الدفع للأولياء ، والبيع للغرماء ، فكذا عند الإجتماع ويمكن الجمع بين الحقين إيفـــاء من الرقبة الواحدة بأن

من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهراً) ويبطل به الجناية ، لان العفو عنها يبطله (فبعـد ذلك وإن بطل حكماً) أي حكم العفو بالسراية (يبقى موجوداً حقيقة ، فيكفي ذلك المنع وجوب القصاص ، أما ها هنا الصلح لا يبطل الجناية ، بل يقررها حيث صالح عنها على مال) وجب القصاص ، ومعنى قوله (وإذا لم تبطل الجناية لم يمنع العقوبـــة) يعني القصاص .

(وهذا) الذي ذكرناه (إذا لم يعتقه ، أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل) وهو قوله لان إقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا جنى العبد المأذون له جنايـة وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية) قيد بعدم العلم ليبنى عليه (فعليه) أي فعلى المـــولى (قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية) وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية ومالك (لانه) أي لان المأذون (أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد أن الدفع للأولياء والبيع للغرماء ، فكذلك عند الاجتماع) أي اجتماع الحقين (ويمكن الجمع بين الحقين) هذا جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضموناً

يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنها بالإتلاف ، بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي حيث يجب قيمـــة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء ، لأن الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر

بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع يجوز أن يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الاتلاف وارد عليهما . وتقرير الجواب الجمع بينهما ممكن (إيفـاء) أي من حيث الايفاء (من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنها) أي يضمن المولى القيمتين (بالاتلاف) والاصل أن العبد إذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفـــع والفداء ، فإن دفع في دين الغرماء ، فإن فضل شيء كان لاصحاب الجناية ، وإنما بـدأنا بالدفع لانه به يوفي الحقين ، فإن حق ولي الجناية يصير وفى بالدفع ثم يباع بعده لارباب الديون ، ومتى بدأنا ببيعه في الدين تعذر الدفع بالجناية ، لانــه تجدد للمشترى الملك ولم يوجد في مدة جنايته .

فقيل ما فائدة الدفع إذا كان البيع بالدين بعده واجباً أوجب بانهـــا إثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين ، فإن الناس في الاعيان أغراضاً ، وإنمـا لم يبطل الدين لحدوث الجناية ، لان موجبها صيرورته حراً ، فاذا كان مشغولاً وجب دفعـــه مشغولاً ، ثم إذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف إلى أولياء الجناية ،لانه بيع على ملكهم ، فان لم يثبت بالدين تأخر إلى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الاول ، وإنمـــا قيد المسألة بعدم العلم ليبني عليه كما قلنا ، وهو قول المصنف فعليه قيمتان ، لانه لو أعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية إذا كانت الجناية في النفس لاوليائها وقيمة العبد لصاحب الدين ، لان الاعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الارش دون القيمة .

(بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي) أي إذا أتلف العبد المأذون أجنبي لا يضمن للغرماء (حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعهـا المولى إلى الغرماء ، لان الاجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق ، لانه دونه) أي لان الحق دون الملك ، يعني

في مقابلته الحق ، لأنه دونه . وها هنا يجب لكل واحـــد منهما بإتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما . قال وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت ، فإنه يباع الولد معها في الدين وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها ، والفرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء ، فيسري إلى الولد كولد المرهون . بخلاف الجناية ، لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها ، وإنمـــا يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية

لا يضمن الاجنبي سوى قيمة العبد .

(وهاهنا يجب لكل واحد منهمابإتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران) أى فلا ترجيـح لاحدهما على الآخر ، لان حقهما مرجوع بالنسبة إلى ملك المولى ، فـــلا يظهر حكمها (فيضمنهما) أى فيضمن الولي الاعتاق لصاحب الدين وولي الجناية ، لانه أتلف حقهما .

(قال)أي محمد في الجامع الصغير (وإذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت) أي من زوجها (فانه يباع الولد معها في الدين ، وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها) أي مع الأم الأمة (والفرق) بـــين المسألتين (ان الدين وصف حكمى فيها) أي في الامة (واجب فيذمتها متعلق برقبتها استيفاء) أي من حيث الاستيفاء ، يعني صار المولى ممنوعاً من التصرف في رقبتها ببيع أو غيرهمـــا ، فكانت من الاوصاف الشرعية إلقاء في الام (فيسري إلى الولد كولد المرهون) أي كولد الجارية المرهونـة ، فانه يباع مع أمه .

(بخلاف الجناية) حيث لم يدفع الولد معها (لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها) أي في ذمة الأمة ورقبتها خالية عن الحق فلا يتعلق بالولد(وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي) الحسي (وهوالدفع والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصافالحقيقية) أي سراية الحكم من الأم إلى الولد في الوصف الشرعي لا الحقيقي من وجوب الدفـع أثر الفعل

قال وإذا كان العبد لرجل زعم رجل أن مولاه أعتقه فقتل العبد ولياً لذلك الرجل خطأ فلا شيء له ، لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد أدى الدية على العاقلة وإبراء العبد والمولى ، إلا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة . قال وإذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد ، وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد ، لأنه منكر للضمان لما انه أسنده إلى حالة معهودة منافيه للضمان ، إذ الكلام فيما إذا عرف رقه ، والوجوب في جناية العبد على االمولى دفعاً أو فداء ،

الحقيقي ، فلذلك لم يسر إلى الولد ، ولهذا لو كانت الأمة سوداء لا يلزم أن يكون ولدها أسود .

(قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (وإذا كان العبد لرجل زعم رجل أن مولاه أعتقه فقتل العبد ولياً لذلك الرجل خطأ فلا شيء له) أي الذي زعم أنه أعتقه لا قليل ولا كثير (لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد أدى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى) أي وادعى أيضاً ابراءالعبد وابراء المولى، لأن الإنسان مؤاخذ بزعمه (إلا أنه) أي غير أن هذا الزاعم (لا يصدق على العاقلة من غير حجة) فلا يكون له شيء أصلا .

(قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (فإذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد ، وقال الآخر قتلته وأنت حر ، فالقول قول العبد) أي مع يمينه بالإجماع . وقال الشافعي وأحمد «رح» فيه وجهان ، أحدهما وهو نص الشافعي «رح» أن القول للمولى مع يمينه، والثاني أن القول للجاني (لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة) أى معلومة (منافية للضمان ، إذ الكلام فيما إذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعاً وفداء) أى من حيث الدفع إلى ولي الجناية، ومن حيث الفداء واعترض بأن العبد قد ادعى تاريخاً سابقاً في إقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي

وصار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي ، أو بعت داري وأنا صبي ، أو قال طلقت امرأتي وأنا مجنون ، وقد كان جنونه معروفاً كان القول قوله لما ذكرنا . قال ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي ، وقالت قطعتها وأنا حرة فالقول قولها ، وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحساناً ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه يؤمر برده عليها لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده

أن يكون القول قوله . وأجيب بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل الاقرار ، وما هنا هو منكر لأصله ، فصار كمن يقول لعبده أعتقتك قبل أن تخلق أو أخلق .

(فصار) أي حكم هذا (كما إذا قال البالغ العاقل طلقت أمرأتي وأنا صبي ، أو بعت داري وأنا صبي ، أو قال طلقت أمرأتي وأنا مجنون ، وقد كان جنونه معروفاً كان القول قوله لما ذكرنا) أشار به إلى قوله لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية الضمان ، لأن الصبي والجنون ينافي ذلك . وكذا إذا قال أقررت بهذا المال لفلان وأنا صبي ، وقال المقر له بل أقررت وأنت بالغ فالقول قول المقر ، لأن الصبي ينافي وجوب الاقرار .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي ، وقالت قطعتها وأنا حرة فالقول قولها . وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة) بأن قال جامعتك وأنت أمتي ، أو قال أخذت منك غلة عملك وأنت أمتي فقالت بل كان ذلك بعد العتق فإن القول للمولى (استحساناً) أي من حيث الاستحسان (وهذا) أي كون القول للمولى (عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح») .

(وقال محمد «رح» لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه) أي لا يضمن المولى إلا إذا أقر بأخذ شيء بعينه والمأخوذ قائم في يده ، واختلف فيه على هذا الوجه أجمعوا فيه (يؤمر برده عليها) ويقول محمد قال زفر «رح» (لأنه) أي لأن المولى (منكر وجوب الضمان لاسناده

الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى ، وكما في الوطء والغلة ، وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة ، والقول قول المنكر ، فلهذا يؤمر بالرد إليها . ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ، ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فإن القول قول المقر له ، وهذا

الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى) أشار بها إلى قوله وإذا أعتق العبد فقال للرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد،وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد .

(وكما في الوطء والغلة ، وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها ، وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد إليها، ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (أنه) أي أن المولى (أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله ، كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت) يريد به براءته عن ضمان العين قصاصاً وإرشاً (وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة) يدعي وجوب نصف الدية عليه لما أن العضو التالف إن كان صحيحاً ثم سقط يسقط القصاص ولم يدخل حق التلف إلى الارش ، لأن حقه ابتداء في القصاص من غير تخير عندنا خلافاً للأئمة الثلاثة ، لكن ذكر في الايضاح والذخيرة لا قصاص في العين إذا فقئت عمداً أو خطأ ، وإنما يجب القصاص إذا كانت قائمة وذهب ضوؤها .

وفي المستصفى لا قصاص في الحدقة ، إنما القصاص إذا ضربها وذهب ضوؤها، ولكن ذكر في الذخيرة بعد ذكر هذه الروايات إلى الأجناس انه لو ضرب غير إنسان باصبع ضربة حقيقة فذهب ضوؤها وجد بعد ذلك ففيه القصاص يحمل ما ذكر في الكتاب على تلك الرواية (فان القول قول المقر له ، وهذا) يشير به إلى قوله أقر بسبب الضمان ثم

لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنـــه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة ، وكذا يضمن مال الحربي إذا أخـذه وهو مستأمن ، بخلاف الوطء والغلة ، لأن وطء المولى أمتـــه المديونة لا يوجب العقر . وكـــذا إذا أخذه من غلتها وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحمل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان . قـال وإذا أمر العبد المحجور عليـــه صبياً حراً بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية ، لانه هو القاتل حقيقة ، وعمده وخطؤه سواء على ما بينـا من قبل ،

ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له (لأنه) أي لأن المقر (ما أسنده) أي ما أسندسبب الضمان وهو الأخذ أو القطع (إلى حالة منافية للضمان ، لأنه يضمن يدها) أي يد الأمة (لو قطعها وهي مديونة) أي والحال أنها مديونة .

(وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن) أي والحال أنه مستأمن . وقال الاكمل «رح» هذا ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع ، لكنه ذكره بيانـــاً لمسألة أخرى ، صورتها مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال حربي ثم أخرجا إلينا فقال له المسلم أخذت منك مالاً وأنت حربي فقال لا بل أخذت مني وأنا مسلم فإنها على الخلاف.

(بخلاف الوطء والغلة) هذا يتصل بقوله كما في الوطء والغلة وهـــو جواب عما قاسه محمد « رح » (لان وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر) وكذا وطء الامـــة المرهونة لا يوجب العقر (وكذا إذا أخذه من غلتها، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحمل الاسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان) أي للضمان .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (وإذا أمر العبد المحجور عليـــه صبياً حراً بقتل رجل فقتله فعلى عاقله الصبي الدية ، لانه هو القاتل حقيقة ، وعمـده وخطأه سواء على ما بينا من قبل) وسواء كان أيضاً مأذوناً أو مكاتباً ، وقيد بأن يكون الصبي

ولا شيء على الآمر. وكذا إذا كان الآمر صبياً لأنهما لا يؤخذان بأقوالهما، لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع، وما اعتبر قولهما، ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر ابدا ويرجعون على العبد الآمر بعد الإعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال، لا لنقصان أهلية العبد، بخلاف الصبي، لانه قاصر الاهلية. قال وكذلك إن أمر عبداً، معناه أن يكون الآمر عبداً والمأمور عبداً محجوراً عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء، ولا

حراً، لانه لو كان عبداً فمولاه مخير بين الدفع والفداء، ثم بعد الدفع والفداء يرجع مولاه على المحجور الآمر بعد الاعتاق بقيمة عبده، إشارة الى ما ذكره قبيل فصل الجنين (ولا شيء على الآمر، وكذا اذا كان الآمر صبياً، لانهما لا يؤخذان بأقوالهما، لان المؤاخذه فيها باعتبار الشرع وما اعتبر) أي الشرع (قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر أبداً، ويرجعون على العبد الآمر بعد الاعتاق) وفي النهاية وفي هذه الروايةضعف، لانه ذكر في الجامع المحبوبي والتمرتاشي ولا رجوع لهم على العبد لا في الحال، ولا بعد العتق. واذا كان العبد المأذون في التجارة، لان هذا الضمان ليس بضمان الغصب، لان الحر لا يغصب، وانما هو ضمان جناية، وجناية العبد لا تلزمه بعد العتق، وكذا ذكر في المغني محالاً إلى الرمال لذا نعلم أن ما ذكر في الكتاب نوع ضعف لمخالفته هذه الروايات.

(لأن عدم الاعتبار لحق المولى، وقد زال لا لنقصان أهلية) أي لأن عدم الاعتبار لحق الولي، وقد زال لا لنقصان الأهلية (العبد بخلاف الصبي، لأنه قاصر الأهلية) وقد زال حق المولى بعد العتق فيؤخذ لزوال المانع، وفي الصبي لم يعتبر قوله القصور أهلية.

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وكذلك إن أمر عبداً) أي وكذلك الحكم إن أمر العبد المحجور عليه، أشار إليه المصنف بقوله (معناه أن يكون الآمر عبداً والمأمور

رجوع له على الأول في الحال ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد ، لأنه غير مضطر في دفع الزيادة ، وهذا إذا كان القتل خطأ ، وكذا إذا كان عمداً والعبد القاتل صغيراً ، لأن عمده خطأ ، أما إذا كان كبيراً يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد .

قال وإذا قتل العبد رجلين عمداً ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم ، لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالاً فصار كما لو وجب المال من الإبتداء ، وهذا لأن حقهم في الرقبة أو في عشرين ألفاً وقد سقط نصيب العافيين

عبداً محجوراً عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ، ولا رجوع له على الأول في الحال ، ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد ، لأنه غير مضطر في دفع الزيادة) أي لا ضرورة في إعطاء الزيادة لأنه يتخلص عن عهدة الضمان باعتبار الأقل من الفداء وقيمة العبد ، لأنه إنما أتلف بأمره ما هو الأقل منهما (وهذا) أي الذي ذكرنا (إذا كان القتل خطأ ، وكذا إذا كان عمداً والعبد القاتل) أي وكذا الحكم إذا كان القتل عمداً والحال أن العبد هو القاتل ، وإنه (صغيراً، لأن عمده خطأ ، أما إذ كان كبيراً يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد) .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا قتل العبد رجلين عمداً ، ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما،فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم ، لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالاً، فصار كما لو وجب المال من الابتداء) ولو وجب المال في بداية الأمر بسبب القتيلين لكان بالنصف فكذا هنا .

(وهذا لأن حقهم) أي حق الأولياء (في الرقبة أو في عشرين ألفاً وقد سقط نصيب

وهو النصف وبقي النصف . فإن كان قتل أحدهما عمداً والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد ، فإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفاً خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي الخطأ ، لأنه لما انقلب العمد مالاً كان حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف ، وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر ألفاً ، وإن دفعه إليهم أثلاثاً ، ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند أبي حنيفة . وقالا يدفعه أرباعاً ثلاثة أرباعه لولي الخطأ وربعه لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة ، فيسلم النصف لولي الخطأ بلا منازعة ، واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر ، فينتصف ، فلهذا يقسم

العافيين) من الأولياء الاربعة (وهو النصف ، وبقي النصف ، فإن كان قتل أحدهما عمداً) أي فإن قتل أحد الرجلين عمداً (والآخر) أي وقتل الرجل الآخر (خطأ فعفا أحد وليي العمد ، فإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفاً ، خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد ، وعشرة آلاف لوليي الخطأ ، لانه لما انقلب العمد مالاً كان حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف ، وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء) لانه يجب في الذمة ، والذمة صالحة أن يثبت فيها أموال كثيرة (فتجب خمسة عشر ألفاً ، وإن دفعه إليهم أثلاثاً ، ثلثاه لولى الخطأ ، وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه) .

(وقالا يدفعه أرباعاً ، ثلاثة أرباعه لولي الخطأ ، وربعه لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة ، فيسلم النصف لولي الخطأ بلا منازعة) وبقي النصف الآخر (واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر) وكل واحد من ولي الخطأ وشريك العافي بدعيته (فينتصف) أي فيجعل هذا النصف بينهما نصفين (فلهذا يقسم أرباعاً) أى فلأجل هذا

أرباعاً ، وعنده يقسم بطريق العول و المضاربة أثلاثاً،لأن الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون ، فيضرب هذان بالكل ،وذلك بالنصف ، ولهذه المسألة نظائر وأضداد ذكرناها في الزيادات . قال وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما ، أي قريباً لهما فعفا أحدهما

كانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعا ، ومعنى المنازعة أن كل جزء وقع من دعوى قد سلم للآخر بلا منازعة . وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول زفر لصاحب الخطأ النصف ، ولصاحب العمد الذي لم يبق الربع ، وبقي الربع للمولى .

(وعنده) أي وعند أبي حنيفة (يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثاً) ومعنى العول أن يضرب كل واحد منهم بسهمه فيجمع السهام كلها ويقسم السهام على مبلغ السهام ألفين (لان الحق تعلق بالرقبة) لان أصل حقها ليس في غير العبد ، بل في إرش الذي هو بدل المتلف ، والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة ، ولهذا لان حق ولى الخطأ في عشرة آلاف وحق الشريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته .

(أصله) أى أصل أبي حنيفة (التركة المستغرقة بالديون) كما لو كانت ألفا ولرجلين على الميت ثلاثة آلاف ، لاحدهما ألف وللآخر ألفان ، فإن التركة تقسم بينهما بطريق العول المضاربة أثلاثاً مثلثاً كالتركة لصاحب الالفين ، وثلثها لصاحب الالف (فيضرب هذان) أي ولي الخطأ (بالكل وذلك) أى ولي العمد (بالنصف) أى يضرب بالنصف (ولهذه المسألة نظائر) أي أمثال (وأضداد) يعني خلافها (ذكرناها في الزيادات) أى في كتاب الزيادات تصنيفه وقد مضى في كتاب الدعوى بشيء مما ذكر في الزيادات في باب ما يدعيه رجلان .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما ، أى قريباً لهما) كأخيهما أو عمهما (فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة) أى بطل

بطل الجميع عند أبي حنيفة . وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية ، وذكر في بعض النسخ قتل وليـــاً لهما ، والمراد القريب أيضا . وذكر في بعض النسخ قول محمد مع أبي حنيفة . وذكر في الزيادات عبـــد قتل مولاه وله ابنان فعفا أحد الابنين بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لأبي يوسف رحمه الله أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له ، فإذا عفـــا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالاً غير أنـه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ، والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالاً ، ومـــا كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع ، فلهذا يقال إدفع نصف نصيبك أو افتده بربع الدية . ولهما أن ما يجب من

الدم كله عنده (وقالا يدفع الذى عفا نصف نصيبه إلى الآخر ، أو يفديه بربـع الدية . وذكر فيبعض النسخ) الجامع الصغير (قتل ولياً لهما) والولي القريب والمولى (والمراد القريب أيضاً) وقال الله تعالى ﴿ وإني خفت الموالي من ورائي ﴾ ٥ مريم ، والمولى إبن العـــم والعصبة ، والجمع موالي ، كذا فى التفسير . وقال الاترازى ويحتمل أنه أراد به المعتق الذى أعتقاه ، فصارا عصبة له بالولاء وقد ذكر فخر الاسلام (وذكر في بعض النسخ) الجامع الصغير (قول [1] محمد مع قول أبي يوسف وهو الاشهر) ذكر في بعض النسخ ،

---

(١) قول محمد مع قول أبي حنيفة ، هامش .

المال يكون حق المقتول ، لأنه بدل دمه ، ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه ، ثم الورثة يخلفونه فيه عنـــد الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده ديناً فلا تخلفه الورثة فيه .

فصل

ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم ، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف إلا عشرة ، وفي الامة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقـــال أبو يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت .

أي نسخ الجامع قول محمد مع قول أبي حنيفة «رح» . وقال القدوري في كتاب التقريب ويراد الصحيح أنه مع أبي حنيفه [1] .

(فصـــل)

أي هذا فصل في أحكام الجناية على العبد . ولما فرغ من جنايتـه على غيره شرع في حكم الجناية عليه ، وقدم الاول لان الفاعل متقدم على المفعول .

(ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم ، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف إلا عشرة ، وفي الامة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة) أي هنا لفظ القدوري . وقال المصنف (وهـذا عند أبي حنيفة ومحمد) وبه قال النخعي والشعبي والثوري وأحمد في رواية .

(وقال أبو يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت) وبه قال مالك وأحمـد ،

---

(٢) هكذا في الاصل ، كلام من المتن غير مشروح ، وقد وجد في الاصل كلام في الهامش مبتور ، اه مصححه .

ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع . لهما أن الضمان بدل المالية ، ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية . ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد ، وبقاؤه ببقاء المالية أصلاً أو بدلاً ، وصار كقليل القيمة وكالغصب . ولأبي حنيفة ومحمد قوله تعالى ﴿ ودية مسلمة

وهو قول سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وعمر بن عبد العزيز والزهري وإسحاق ومكحول وإياس بن معاوية والحسن . وقال الكرخي وروى عن علي وابن عمر وابن عباس رضي الله تعالى عنهم فيه القيمة بالغاً ما بلغ (ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع) .

(لهما) أي لأبي يوسف والشافعي (أن الضمان بدل المالية ، ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية) لا من حيث الآدمية ، فلو كان الضمان بدل الدم لوجوب الضمان للعبد ، لأنه في حق الدم مبني على أصل الحرية .

(ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد) ذكر هنا أيضاً على سبيل الإيضاح عطفاً على قوله يجب للمولى ، يعني أن بقاء العقد باعتبار المالية لا باعتبار الآدمية ، دل على أن الضمان بدل المالية . بيان هذه المسألة كما قاله القدوري في كتاب التقريب . قال أبو يوسف إذا قتل المبيع في يد البائع فاختار المشتري إجازة البيع كان له القصاص ، وكذلك إذا اختار فسخ البيع كان للبائع القصاص ، وهذا حفظ عن أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ليس للبائع القصاص وروى ابن زياد عنه لا قصاص للمشتري أيضاً (وبقاؤه) أي بقاء العقد (ببقاء المالية أصلاً) يعني إن بقي العين (أو بدلاً) يعني إن هلكت (فصار) أي العبد (كقليل القيمة) يعني لو كان العبد قليل القيمة يجب ذلك القدر ولا يبلغ إلى الدية (وكالغصب) أي وكان الغصب يعني في الغصب كذلك لا يجب إلا قدر القيمة لا يبلغ إلى الدية . (ولأبي حنيفة ومحمد قوله تعالى ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ ٩٢ النساء) وجه الاستدلال به أن الله تعالى (أوجبها) أي

إلى أهله ﴾ ٩٢ النساء ، أوجبها مطلقاً وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية ، إذ الغصب لا يرد إلا على المال ، وبقاء

الدية (مطلقاً) من غير فصل بين الحر والعبد من قتل خطأ (وهي) أي الدية (إسم للواجب بمقابلة الآدمية) تقريره أن الله تعالى رتب في قتل الخطأ حكمين الكفارة والدية والعبد داخل في حقوق وجوب الكفارة بالإجماع فيجب أن يكون في حق الدية كذلك، لأنه قال رمن يقتل مؤمناً والعبد مؤمن فيكون ما وجب بقتله الدية ، ولا يجوز الزيادة على النص بالرأي أن المراد حر مؤمن .

(ولأن فيه) أي في العبد (معنى الآدمية حتى كان مكلفاً) بالإيمان والشرائع التي تجب عليه من الصلاة والصوم والعقوبات (وفيه) أي في العبد (معنى الماليه) حتى ورد عليه الملك بلا خلاف (والآدمية أعلاهما) لا محالة (فيجب اعتبارها) أي اعتبار الآدمية (بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما) أي بين معنى المالية ومعنى الآدمية ، لأنهم أجمعوا على أن الضمان إما بدل المالية أو بدل الآدمية ، والعكس يعني إلى إهدارهما جميعاً ، لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها ، وفي إهداره الأصل إهدار للبائع وإهدار أحدهما أولى من إهدارهما .

فإن قيل لا نسلم أن الجمع بينهما متعدد ، بل بإيجاب القيمة بالغة ما بلغت لوجد الجمع بينهما . أجيب بأن الجمع إنما يوجد بإيجاب الدية مع كال القيمة وذلك لا يجوز التقوى لخروجه عن الإجماع .

(وضمان الغصب) هذا جواب من قولهما وكان كالغصب ، بيانه أن ضمان الغصب لا يجب إلا (بمقابلة المالية ، إذ الغصب لا يرد إلا على المال) وهو ظاهر (وبقاء العقد) هذا جواب عن قولهما لو قتل العبد المبيع، بيانه أن بقاء العقد في قتل العبد المبيع (يتبع الفائدة) وهي انقلاب القصاص مالاً بالعقد والصلح ، فبقاءه يدل على أنه يبقى لأجل

العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمداً وإن لم يكن القصاص بدلاً عن المالية ، فكذلك أمر الديـــة وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية ، إلا انه لا يسمع فيه فقدرناه بقيمته رأياً ، بخلاف كثير القيمة ، لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ، ونقصنا منها في العبد إظهاراً لانحطاط رتبته وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

الفائده أو هي تمكن المشتري من الصلح والعقر ، وجوب العفو عليه (حتى يبقى) العقد إيضاح لبيان بقاء العقد لأجل الفائدة ، أى حتى يبقى العقد (بعد قتله عمداً وإن لم يكن القصاص بدلاً عن المالية) أى في حق المشتري (فكذلك أمر الدية) أى يبقى لفائـدة المشتري (وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدميه) يعني أن الواجب في قليل القيمة بدل الآدمية (إلا أنه لا يسمع فيه) أى في قليل القيمة ، لأنه لم يرد فيه شيء .

فإن قيل قوله ﷺ إلا أن قتيل خطأ العمد مطلق يتناول الحر والعبد ، فيكون السماع فيه موجوداً . قلنا خص من ذلك الحديث المرأة ، لأنه لا يجب بقتلها مائـة من الإبل فيخص العبد منه ، لأن المعنى المخصوص موجود فيه وهـــو التفاوت في المالكية بين الرجل والمرأة .

(فقدرناهبقيمته رأياً) مقدر بالقليل بقيمة العبد من حيث الرأى ، لأنه يمكن معرفة نقصان بدل نفسه من بدل نفس الحر بالرجوع إلى تقويم المالية،ولا كذلك في كثير القيمة لأنه تعذر ذلك فيه .

ومعنىقوله(بخلاف كثير القيمة،لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصنا منها في العبد إظهاراً) أي لأجل الأظهار (لانحطاط رتبته) أى رتبة العبد عن رتبـــة الحر (وتعيين العشرة) كأنه جواب عما يقال لما قدرتم القليل بالقيمة رأياً فيما قدرتم بالعشرة في قيمة الحر ، فأجاب بأن تعيين العشرة في ذلك (بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما) قال المخرج هذا ضعيف . وقال الأترازى روى القدورى في شرح مختصر الكرخي عـن

قال وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة لأن اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله وينقص هـــذا المقدار

عبد الله بن مسعود أنه قال في قيمـــة العبد لا يزاد على عشرة آلاف إلا عشرة . وقال الأكمل وغيره دفع في بعض النسخ ابن عباس وهو ما روى عنه لا يبلغ قيمة العبد ديـــة الحر ، وينقص منه عشرة دراهم والأصح لموافقة لأكثر النسخ .

وقال الأترازى ذكر ابن عباس موضع ابن مسعود غير صحيح ، لأن مذهب ابن عباس مثل قول أبي يوسف رواه الكرخي كذلك . وقال الأكمل « رح » واعترض بما روى أن عمـــرو وعلياً وابن عمر رضي الله تعالى عنهم أوجبوا في العبد قيمته بالغـة ما بلغت . وأجيب بأن المروي عن ابن مسعود راجح ، لأن فيه ذكر المقدار وهو ما لا يهتدي إليه العقل ، وليس فيما روي عن غير ذلك ، بل فيه قياس سائر الأقوال من تبليغ قيمته بالغة ما بلغت ، فكان محمول على أنهم قالوا بالرأى ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع مـــن رسول الله ﷺ ، انتهى . قلت روى ابن أبي شيبة وعبدالرزاق في مصنفيهما عن النخعي والشعبي قال لا يبلغ قيمة العبد دية الحر .

(قال) أى القدورى (وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة) أى لا يزاد نصف الحر قيمة العبد في تضمين الجاني على خمسة آلاف درهم منقوصاً منـــه خمسة دراهم . وفي النهاية هذا خلاف ظاهر الرواية ، لأنـــه ذكر في المبسوط ففي طرف المملوك يعتبر قيمة المالية فقط ، وبهذا لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة إلا أن محمداً قال في بعض الروايات القول بهذا يروى إلى أنه يجب بقطع طرفه ما يجب بقتله الجاني . قال فلهذا لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب فيه خمسة آلاف إلا خمسة .

وذكر في الأسرار أن جانب المالية أغلب ، وفي فتاوى الظهيرية وجامع المحبوبي ما يوافق رواية المتن حيث قالا موضحة العبد مثل موضحة الحر يقضى بخمسمائة درهم إلا نصف درهم . ولو قطع اصبع عبد عمداً أو خطأ وقيمته عشرة آلاف أو أكثر فعليه عشر الدية إلا درهم ، فكأن الشيخ اختار رواية محمد ، وبه قال الكاكي .

(لأن اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار إظهاراً لانحطاط رتبته

إظهاراً لانحطاط رتبته ، وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد ، لأن القيمة في العبد كالدية في الحر ، إذ هو بدل الدم على ما قررناه . وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفاً فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية . قال ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك ، فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه وإلا اقتص منه ، وهــــذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد لا قصاص في ذلك ، وعلى القاطع إرش اليد وما نقصه ذلك إلى أن يعتقه ويبطل الفضل ، وإنما لم يجب القصاص

وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد) يعني إذا وجب في الحر كل الديــة يجب في العبد كل القيمة وكل شيء من الحر يجب فيه نصف الدية ففيه من العبد القيمـــة (لأن القيمة في العبد كالدية في الحر ، إذ هو بدل الدم على ما قررناه) أشار به إلى قوله ولأبي حنيفة ومحمد «رح» قوله تعالى ﴿ ودية مسلمة إلى أهله ﴾ ٩٢ النساء ، أوجبهـــا مطلقاً ، وهو إسم للواجب بمقابلة الآدمية إلى آخر ما قال .

(وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفاً فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لمـــا بينا) فيما مضى (أن ضمان الغصب ضمان المالية) لأن الغصب يرد عليه من حيث أنه مال لا من حيث أنه آدمي فتعتبر المالية بالغاً قيمتها ما بلغت .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه) على القاطع وإلا أي وإن لم يكن له ورثة غير المولى (وإلا اقتص منه) أي من القاتل (وهذا) أي المذكور من الحكم (عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح») .

(وقال محمد لا قصاص في ذلك ، وعلى القاطع إرش اليد ومـــا نقصه ذلك إلى أن يعتقه ويبطل الفضل) أي ما في القيمة ، وبه قالت الأئمة الثلاثة إلا أن عندهم تجب قيمته

في الوجه الأول لاشتباه من له الحق ، لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار الحالة الثانيـة يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى ، وفيه الكلام ، واجتماعهما لا يزيل الاشتباه ، لأن الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل ، لأن ما لكل

بالغة ما بلغت للسيد ، وعن أحمد في رواية يجب دية الحر اعتباراً بحالة الموت (وإنما لم يجب القصاص في الوجه الأول) أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى (لاشتباه من له الحق) يعني المستوفى ، وجهالته تمنع القصاص (لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار الحالة الثانية) وهي حالة الموت (يكون للورثة ، فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء ، فلا يجب على وجه يستوفي) الاشتباه من له الحق (وفيه الكلام) أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى .

وقيل أى في رجوعه يستوفى ، ولا كلام في أصل الوجوب لافادة الاستيفاء وإذا فات مقصوده سقط اعتباره . وقيل أى في تعذر الاستيفاء . وقيل أى في تحقق الاشتباه من له القصاص . وقال شيخي العلاء ووصل شيخي رحمه الله بخطه الضمير في فيه ، أى تعذر الاستيفاء وشجه بهاء الدين الخطابى «رح» .

(واجتماعهما لا يزيل الاشتباه) هذا جواب عما يقال سلمناه ، أى من له الحق مشتبه ، لكن يزول الاشتباه باجتماعهما. فأجاب اجتماعهما أى اجتماع المولى والورثة لا يزيل الاشتباه المذكور (لأن الملكين) أي ملك المولى للقصاص ، فالنظر إلى حالة الجرح وملك الورثة فالنظر إلى حالة الموت (في الحالين) أي فى حال الجرح وحال الموت مختلف ، فإن الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثـة بالعكس ، وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام فى الحالين فلا يفيد الاجتماع .

(بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل ،لأن ما لكل منهما من

منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت ، فإذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد في الخلافية وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك على اعتبار إحدى الحالتين والورثة بالولاء على اعتبار الأخرى ، فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه . كما إذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا ، فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ، لأن الإعتاق قاطع للسراية ، وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية ، والسراية بلا قطع فيمتنع

الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت ، فإذا اجتمعا زال الاشتباه) حاصله أن الموصى له بالخدمة لا ملك له فى الرقبة ، والموصى له بالرقبة إذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة ، لأن الرقبة ثابتة لا إلى بدل ، فلا يملك إبطال حق عليه ، ولكن إذا اجتمعا فقد رضى الموصى له بالخدمة بفوات حقه ، فيستوفي الآخر لزوال الاشتباه .

(ولمحمد فى الخلافية) أى فى المسألة المختلف فيها (وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك) أى لان سبب الولاية الملك (على اعتبار إحدى الحالتين والورثة بالولاء على اعتبار الأخرى) أراد بها حالة الموت (فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه) أى فى الامر الذي لا يثبت الشبهات ، يعني القصاص ونظر لذلك بقوله(كما إذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا، فقال الولي زوجتها منك بكذا لا يحل له وطؤها) لأن في التزوج يبالي بها باختلاف السبب ولا يبالي به في الأموال ، كما لو أقر بألف من قرض ، وقال المقرض له من ثمن مبيع فإنه يقضي بالألف وإن اختلف السبب ، لأن في الأموال يجري البدل والاباحة فلا يبالي باختلاف السبب .

(ولأن الاعتاق قاطع السراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية ، والسراية بلا قطع فيمنع القصاص) بين هذا بها دليل آخر ، حاصله أنه كما تلف بآفة سماوية .

القصاص. ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه ، وهذا لأن المقضي له معلوم ، والحكم متحد فوجب القول بالإستيفاء . بخلاف الفصل الأول ، لأن المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ها هنا ، لأن الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسألة ، لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكماً ، والإعتاق لا يقطع السراية لذاته

فإن قيل ينبغي أن يجب إرش اليد للمولى فكونه جرحاً بلا سراية . أجيب بأنه لا يجب نظراً إلى حقيقة الجناية وهو القتل ، لأنه إذا سرى تبين أن الجناية قتل لا قطع .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف « رح » (أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه ، وهذا لأن المقضي له معلوم) وهو الولي لأنه لا وارث للعبد غيره (والحكم) وهو القصاص (متحد فوجب القول بالاستيفاء ، بخلاف الفصل الأول) يعني إذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق (لأن المقضي له مجهول) لأنا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضي له هو الولي ، ولو اعتبرنا حالة الموت كان للورثة .

(ولا معتبر باختلاف السبب هاهنا) أي في الفصل الثاني ، وهو ما إذا لم يكن له ورثة غير المولى (لأن الحكم) وهو استيفاء القصاص (لا يختلف) لأنه في الحالين لواحد وهو المولى (بخلاف تلك المسألة) أراد بها المسألة التي قاس عليها محمد ، وهي ما إذا قال بعني هذه الجارية بكذا ، وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها (لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكماً) لأن ملك النكاح يثبت الحل مقصوداً ، وملك اليمين لا يثبته ، ولو أثبته لم يكن مقصوداً فاختلف الحكم كما اختلف السبب .

(والاعتاق لا يقطع السراية لذاته) هذا جواب عن قول محمد الاعتاق قاطع السراية ، معناه الاعتاق قاطع السراية في صورة الخطأ دون العمد ، وذلك لانه لا يقطع السراية .

ومعناه الاعتاق قاطع للسراية في صورة الخطأ دون العمد ، وذلك لانه لا يقطع السراية

بل لاشتباه من له الحق ، وذلك في الخطأ دون العمد لأن العبد لا يصلح مالكاً للمال ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه ، فجاء الإشتباه . أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقي على أصل الحرية فيـــه ، وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه ، إذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق . وإذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب إرش اليد وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق كما ذكرنا ، لأنه حصل على ملكه ويبطل الفضل . وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمـــد في الثاني .

لذاته (بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد ، لان العبد لا يصلح مالكــاً للمال) فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق (فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار حـالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه ، فجاء الاشتباه . أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه) ولهذا لم يكن لمولاه أن يسفك دمه بلا حق .

(وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه ، إذ لا وارث له سواه ، فلا اشتباه فيمن له الحق . وإذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد) في الفصلين ، أي فيما إذا كان له ورثة عند المولى أو لم يكن له ورثة غيره (يجب إرش اليد ومـــا نقصه من وقت الجرح إلى وقت الاعتاق كما ذكرنا ، لانـــه حصل على ملكه ويبطل الفضل) من بقية القيمة .

(وعندهما) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » (الجواب في الفصل الاول) وهو ما إذا كان العبد وارث غـــير المولى (كالجواب عند محمد في الثاني) أي في الفصل

قال ومن قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فأوقع العتق على أحدهما فإرشهما للمولى ، لأن العتق غير نازل في المعين ، والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ، ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد ، والفرق أن البيان إنشاء من وجه وإظهار من وجه على ما عرف ، وبعد الشجة بقي محلاً للبيان ، فاعتبر إنشاء في حقهما ، وبعد الموت لم يبق محلاً للبيان ، فاعتبرناه إظهاراً محضاً ، وأحدهما حر بيقين فتجب قيمة

الثاني ، وهو ما إذا لم يكن له وارث .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فأوقع العتق على أحدهما فإرشهما للمولى) أي بين العتق إليهم بالتعيين في أحدهما ، وإنما قال فأوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الارش ، وإن كان ظهر وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل وغيرهما ، فإنه يتعين العتق في الحي بالموت والعبد لخروج الميت عن محل إيقاع العتق عليه ، والعتق لهم في حق المعتق كالنازل عنه البيان ، فلا بد من بقاء المحل (لان العتق غير نازل في المعين) لانه أوقع في المنكر والعتق في المنكر فلا يكون بالعتق نازلاً في المعين (والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين فى حق الشجة) فيكون إرشها للمملوكين .

(ولو قتلها رجل تجب دية حر وقيمة عبد) لا قيمة عبدين ولا دية حرين (والفرق) أي بين قتلهما وشجهما (أن البيان إنشاء من وجه) أي في حق المحل (وإظهار من وجه على ما عرف) في أصول الفقه أن البيان إنشاءمن وجه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء، فلو فات أحدهما وبين المعتق ففيه لا يصلح ، وإظهار من وجه حتى يجبر عليه . ولو كان إنشاء من كل وجه لما أجبر عليه أن الولي لا يجبر على إنشاء العتق (وبعد الشجة بقي محلا للبيان ، فاعتبر إنشاء في حقهما ، وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه إظهاراً محضاً ، وأحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر ، بخلاف ما إذا قتل كل واحدمنهما رجل

عبد ودية حر ، بخلاف مـــا إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين ، لانا لم نتيقين بقتل كل واحد منهما حراً ، وكل منهما ينكر ذلك. ولأن القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول ، لانه لا يفيد فائدة ، وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف ، وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم ، فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكاً في حقها . قال ومن فقأ عيني عبد فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته ، وإن شاء أمسكه ولا

حيث تجب قيمة المملوكين ، لأنا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حـراً ، وكل منهما ينكر ذلك) أي من القاتلين ينكر ذلك ، أي ينكر أنه قتل الحر .

(ولأن القياس) عطف على قوله إن البيان إنشاء من وجه يريد به الفرق ثانياً بـين الشجة والقتل ، يعني أن القياس (يأبى ثبوت العتق في المجهول ، لأنه لا يفيد فائدة) أي فائدة العتق وهي أهلية الولاية من القضاء والشهادات (وإنما صححناه) أي العتق نازلاً في أحدهما (ضرورة صحة التصرف) أي تصرف العتق لئلا يلغو كلامه الذي امتاز عن سائر الحيوانات (وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم) بطريق البيان تعينـــاً للواقع بأن يظهر ذلك العتق المبهم في أحدهما في واحد منها بعينه ، فإذا كان ثبوت العتق في المنكر ثابتــاً بالضرورة (فيتقدر بقدر الضرورة وهي) أي الضرورة (في النفس) أي في حق النفس (دون الأطراف) أي دون حق الأطراف . لأن محل العتق هو النفس لا الأطراف إنما يثبت العتق في الأطراف تبعـــاً للنفس لا مقصوداً (فبقي) أي العبد (مملوكاً في حقها) أي في حق الأطراف التي وقعت عليها الشجة على أصل القيـــاس ، فكان إرشها للمولى .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن فقأ عيني عبد فإن شاء المولى دفـع عبده وأخذ قيمته ، وإن شاء أمسكه ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة . وقالا إن شاء

شيء له من النقصان عند أبي حنيفة . وقالا إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه ، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته . وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة ، لانه يجعل الضمان مقابلاً بالفائت فبقي الباقي على ملكه ، كما إذا قطع إحدى يديه أو فقأ إحدى عينيه . ونحن نقول أن المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصراً عليه . وإذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف من وجه النفس بتفويت جنس المنفعة ، والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعاً للضرر

أمسك العبد وأخذ ما نقصه ، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته) .

(وقال الشافعي « رح » يضمنه كل القيمة) أي يضمن المالك الفاقىء كل القيمة (ويمسك الجثة) وبه قال مالك وأحمد (لأنه) أي لأن الشافعي «رح» (يجعل الضمان مقابلا بالفائت) وهو العينان ، وقال الشافعي الضمان مثل القيمة (فبقي الباقي على ملكه ، كما إذا قطع إحدى يديه أو فقأ إحدى عينيه) فإنه يأخذ كل الدية له .

(ونحن نقول أن المالية قائمة في الذات ، وهي معتبرة في حق الأطراف لسقوط اعتبارها) أي اعتبار الأطراف (في حق الذات قصراً عليه) أي اعتبارها في جميع البدن وحده مقتصراً عليه ساقطاً بالاجماع ، فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت الأطراف . حاصل الكلام لا يقال إن اعتبار المالية مقصوداً على الذات فحسب ، بل المالية في الذات والاطراف جميعاً .

(وإذا كانت معتبرة وقد وجد إتلاف النفس من وجه) استحقاق ضمان الجناية بالمالية وجب في تفويت اليدين ، أي المعنيين (بتفويت جنس المنفعة) وذلك يستدعي الجاني(والضمان يتقدر بقيمة الكل) أي الذات والاطراف ، فإذا كان كذلك (فوجب أن يتملك) أي الجاني (الجثة دفعاً للضرر) لئلا يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك

ورعاية للمائلة بخلاف ما إذا فقأ عيني حر لانـــه ليس فيه معنى الماليـــة . وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملـك ، وفي قطـع إحدى اليدين وفقىء إحـــدى العينـين لم يوجد تفويت جنس المنفعة . ولهما أن معنى المالية لما كان معتبراً وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال ، فإن من خرق ثوب غيره خرقـــاً فاحشاً إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته ، وإن شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان .

رجل واحد ، لأنه لا نظير له في الشرع (ورعاية للمماثلة) أي ولاجـل رعاية المماثلة في دفع الجثة للجاني .

(بخلاف ما إذا فقأ عيني حر) هذا جواب عما يقال من جهة الخصم لا يراعون ما قلتم في الملك فقأ عيني حر ، فأجاب بقوله (لانه ليس فيه معنى المالية) إذ لا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد ، وليس فيه إلا ضمان الجناية .

(وبخلاف عيني المدبر) إذا فقأهما ليس فيه تسلم الجثة (لانه) أي لان المـــدبر (لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك) لانـــه ملك نفسه من وجه (وفي قطع إحدى اليدين) هذا جواب قياس الشافعي المسألة المتنازع فيها على قطع إحدى يدي العبد (وفقأ إحدى العينين) أي أحدعينيه ، فقال القياس غير صحيح ، لان في قطع إحدى اليدين . أي إحدى يدي العبد وفقأ إحدى العينين ، أي إحدى عينيه (لم يوجد فيه تفويت جنس المنفعة) لان الفائت هو النصف ، والباقي هو النصف .

ولما فرغ من الاستدلال على الشافعي شرع في بيان استدلال أصحابنا ، اختلفوا فيها فقال (ولهما) أي ولابي يوسف ومحمد «رح» (أن معنى المالية لما كان معتبراً وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه) وهو قوله وقالا إن شاء أمسك العبد إلى آخـــره ، وبين الملازمة فيه بقوله (كما في سائر الاموال ، فإن من خرق ثوب غيره خرقاً فاحشاً إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته ، وإن شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان)

وله أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الأطراف أيضاً . ألاترى أن عبداً لو قطع يد عبـــد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء ، وهذا من أحكام الآدمية ، لان موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الاولى أن لاينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثـــة . ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

أى نقصان الثوب بحسب التخريق .

(وله) أى ولابي حنيفة «رح» (أن المالية وإن كانت معتبرة فى الذات فالآدميـة غير مهدرة فيه ، وفى الاطراف أيضاً) أى غير مهدرة ، ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن عبداً لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء ، وهذا) أي الدفع أو الفداء (من أحكام الآدمية ، لان موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها) أي في الجناية (ثم من أحكام الاولى) أي من أحكام الآدمية (أن لا ينقسم على الاجـــزاء) أي لا يوزع الضمان على الفائت وعلى الباقي ، بـــل يكون المولى بمقابلته (ولا يتملك الجثة) حكماً فى عين الحر .

(ومن أحكام الثانية) أي ومن أحكام المالية (أن ينقسم) أى الضمان على الفائت والباقي (ويتملك) أى المولى (الجثة) كما فى تخريق الثوب . وقال الاترازى فإن قلت كيف أراد صاحب الدراية بالاولى والآدمية مذكورة بعد المالية ، وكيف أراد بالثانية المالية والمالية مذكورة قبل الآدمية . ثم قلت إنما فعل كذلك لانه دليل الشافعى أولاً ، وهو اعتبر معنى الآدمية ، ثم ذكره دليل أبي يوسف ومحمد وهما اعتبر المالية ، فكان دفع الاولى والثانية فى غير موضعها . وقال الكاكى وإنما قال الاولى اعتبـاراً بالابتداء لا بوضع الكتاب (فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم) يعنى بالنظر إلى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساك الجثه ، كما أنه ليس له ذلك فى المـال . وفيما قالا الغاء بجانب الآدمية حيث جعلاه كالثوب المحروق، وفىما قاله الشافعى الغاء بجانب المالية

فصل في جناية المدبر وأم الولد

قــــال وإذا جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن إرشها ، لما روي عن أبي عبيدة رضي الله عنه أنه قضى بجناية المدبر على مولاه .

أصلا حيث جعله كحر فقأ عيناه موقوفاً فى الشبهين حظهما . وقلنا إن شاء المولى دفـع عبده وأخذ ثمنه نظراً إلى المالية وإن شاء أمسكه ولا شيء نظراً إلى آدميته ، والوسط العدل ما قاله أبو حنيفة ، لان فيه رعاية الجانبين وتوفير الشبهين .

(فصل في جناية المدبر وأم الولد)

أي هذا فصل في بيان أحكام جناية المدبر وأم الولد ، ولـمـــا ذكر جناية الكامل في المملوكية شرع يذكر في جناية من هو نقص فيها تقدم الأول لكماله .

(قال) أي القدوري (وإذا جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى الأقل من قيمته ومن إرشها) وعند الشافعي المدبر كالمعتق في الجناية ، فكان في رقبته والمولى يتخير بـين أن يدفعـــه فيباع بالجناية وبين أن يفديه ، فنو أراد الفداء ففيه قولان ، أحدهما يفديه بإرش الجناية بالغاً ما بلغ ، وهو قول مالك في القن ورواية عن أحمد والثاني يفديـــه بأقل من قيمته من إرش الجناية . وقال مالك في المدبر لم يبع في جناية فيستحقه المجني عليه بقدر جنايته إن شاء السيد وإن شاء أفدى خدمته بقدر إرش الجناية . ولو استوفى المجني عليه من خدمته بقدر إرش جنايته رجع إلى سيده مدبراً .

وقال الكرخي في مختصره وجناية المدبر على سيده في ماله دون عاقلته حـالة ، ولا يلزم المولى بجناية المدبر أكثر من قيمة واحدة مرة واحدة، وإن كثرت الإرش وجاوزت إلى مائة ألف فيشترك من جنى عليه المدبر أولاً وآخراً فقاوت ما بين الجنايات أو تفاوت سواء كانت على المولى لم يقبض منه ، أو كانت قبضت منه فيضاربون بالقيمة بقـــدر كل واحد منهم من إرش جناية .

(لما روي عن أبي عبيدة «رض» أنه قضى بجناية المدبر على مولاه) هذا رواه ابن أبي

ولانه صار مانعاً عن تسليمه في الجناية بالتدبير أو الاستيلاد من غير اختياره الفداء ، فصار كما إذا فعل ذلك بعـــد الجناية وهو لا يعلم ، وإنما يجب الاقل من قيمته ومن الإرش ، لانه لا حق لولي الجناية في أكثر من الارش ولا منع من المولى في أكثر من القيمة ولا تخيير بين الأقل والأكثر ، لأنه لا يفيد في جنس واحدلاختياره

شيبة في مصنفهحدثنا وكيع عن ابن أبي ذئب عن إبن محمد بن ابراهيم التيمي عن أبيه عن السلولي عن معاذ بن جبل عن أبي عبيدة بن الجراح «رض» قال جناية المدبر على مولاه . وأخرج نحوه عن النخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والحسن «رض». وذكر محمد في الجنايات أن أبا عبيدة بن الجراح «رض» قضى بجناية المدبر على مولاه ، وذلك بحضرة من الصحابة «رض» من غير خلاف ، وقد كان أبو عبيدة أمير الشام وقضاياه تظهر بين الصحابة فكان إجماعاً . وعند الشافعي ومالك وأحمد في جناية الولد ضمن المولى الأقل من قيمتهـا ومن الارش كمذهبنا لتعذر دفعها وبيعها بالاجماع .

(ولأنه) أي ولأن المولى (صار مانعاً عن تسليمه) أي تسليم كل واحد من المـدبر وأم الولد (في الجناية بالتدبير أو الاستيلاد من غير اختياره الفـــداء) لأن عند التدبير والاستيلاء ما كان علم أنه يجني (فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم ، وإنمـا يجب الأقل من قيمته ومن الارش ، لأنه لا حق لولي الجناية في أكثر من الارش ولا منع من المولى في أكثر من القيمة) وقال القدوري في التقريب قال أبو يوسف يضمن المولى قيمـــة المدبر بالجناية مـــدبراً . وقال زفر يضمن قيمته عبداً وروى إبن أبي مالك عن أبي يوسف «رح» مثله .

(ولا تخيير بين الأقل والأكثر) هذا جواب عما يقال ينبغي أن يخير المولى بين الأقل والأكثر كما أنه يخير في الضمن بين الدفع والفداء والقيمة في المدبر بمنزلة الدفع فقال لايخير بين الاقل والاكثر (لأنه)أي لان التخيير (لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقـــل لا محالة بخلاف القن) أي العبد القن ، يعني أن المولى يتخير في جناية القن بين الدفع والفداء

الأقل لا محالة . بخلاف القن ، لأن الرغبات صادقة في الأعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفـــداء . وجنايات المدبر وإن توالت لا توجب إلا قيمة واحدة ، لأنه لامنع منه إلا في رقبـــة واحدة ، ولأن دفع القيمة كدفع العبد ، وذلك لا يتكرر ، فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها ، وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه ، لأن المنع في هذا الوقت يتحقق

وإن كان الارش أكثر (لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء) لاجل الرغبة في الاعيان (وجنايات المدبر وإن توالت) يعني وإن كثرت (لا توجب إلا قيمة واحدة) وعند الائمة الثلاثة هو كالقن . وكذا في أم الولد عندنا ، وبه قال الشافعي في قول ،وفيقول بعيد كالماخت وهو اختيار المزني (لانه لا منع منه إلا في رقبة واحدة) أي ولان المولى لا منع منه إلا في رقبة واحدة فلا يمنع فيها .

(ولان دفع القيمة كدفعالعبد وذلك) أي دفع القيمة (لا يتكرر ، فهـــذا كذلك) أيضاً ، أي والمدبر كذلك في عدم التكرر ، فكأن الجنايات منـــه اجتمعت ثم دبره (ويتضاربون) أي أصحاب الجنايات يتنازعون (بالحصص فيها) أي في القيمة (وتعتبر قيمته) أي وقيمة المدبر (لكل واحد) من أصحاب الجنايات (في حال الجناية عليه ، لان المنع في هذا الوقت يتحقق) ومن صورتها ما ذكر في المبسوط .

وقال وإذا قتل المدبر رجلا خطأوقيمته ألفا درهم ثم ازدادت قيمته إلى ألفين ثم قتل آخر ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر ، فعلى مولاه ألفا درهم ، لانه جنى على الثاني وقيمته ألفان . ولو لم يكن منه إلا تلك الجناية لكان المولى ضامناً قيمته ألفان فسلم الالف من هذين ولي القتل الاوسط خاصة ، لان لولي الجناية الاولى حقه في الالف ، لان قيمته يوم جنايته ألف ، خمسمائة من هذا الالف ، أي الالف الاولى ، والباقي لولي الجناية الاول والاوسط خاصاً ،لأن لولي القتل الثالث حقه في خمسمائة ، لان قيمته يوم جنايته خمسمائة ، ثم الاول والاوسط يضربان في الخمسمائة التي بينهما ، فيضرب

قال فإن جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه، لأنه مجبور على الدفع . قال وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار إن شاء اتبع المولى، وإن شاء اتبع ولي الجناية، وهذا عند أبي حنيفة . وقالا لا شيء على المولى، لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة، فقد دفع كل الحق إلى مستحقه، وصار كما إذا دفع بالقضاء. ولأبي حنيفة أن المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعاً وولي الأولى ضامن

الأول بعشرة آلاف، والاوسط بتسعة آلاف، لانه وصل إليه من حقه ألف فيجعل خمسمائة سعراً منهما فيضرب الاول بعشرة، والاوسط بتسعة، والخمس الباقية بينهم جميعاً، يضرب الاول بعشر الآلاف إلا بما أخذ، لانه وصل إليه شيء من حقه فلا يضرب به. وكذا الاوسط لا يضرب بما أخذ في المرتين. وإنما يضرب بما بقي من حقه، والثالث يضرب بعشرة آلاف.

(قال) أي قال القدوري (فإن جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه) أي على المولى (لانه مجبور على الدفع) فلم يبق عليه شيء.

(قال) أي القدوري (وإن كان المولى دفع القيمة) الى ولي الجناية الاولى (بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى، وان شاء اتبع ولي الجناية) أي ولي الجناية الثانية فتخير ان شاء رجع على المولى بنصف قيمته، ثم المولى يرجع على ولي القتيل الاول بما دفع لولي الثاني (وهذا) أي هذا المذكور من الحكم (عند أبي حنيفة « رح »).

(وقالا لا شيء على المولى، لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق إلي مستحقه، وصار كما إذا دفع بالقضاء) لأنه فعل عين ما يفعله القاضي فيكون القاضي فيكون القضاء وعدمه سواء كما في الرجوع في الهبة وأخذ الدار بالشفعة بعد وجوبها.

(ولأبي حنيفة أن المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعاً وولي الأولى ضامن

بقبض حقه ظلماً فيتخير . وهذا لأن الثانية مقارنة حكماً من وجه ، ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى ومتأخرة حكماً من حيث أنه تعتبر يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لإبطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملاً بالشبهين . وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة ، لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع ، فصار وجود الإعتاق من بعد ، وعدمه بمنزلة .

بقبض حقه ظلماً) لأنه انقلب بسبب المزاحم والرجوع على الجاني جائز (فيتخير ، وهذا) في الرجوع ، وبين ذلك بقوله (لأن الثانية مقارنة) أي للجناية الأولى (حكماً من وجه) بسبب المراجعة (ولهذا يشارك) أي ولأجل مقارنة الثاني للأول يشارك (ولي الجناية الأولى ومتأخرة حكماً من حيث أنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها) أي في حق الجناية الثانية (فجعلت) أي الثانية (كالمقارنة الأولى في حق التضمين لإبطاله) أي إبطال الولي (ما تعلق به من حق ولي الثانية) وذلك لأنه تجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق ، وذلك في حق أولياء الجنايتين سواء ، فجعل كأن الدفع كان بعد وجود الجنايتين جميعاً ، وهناك لو دفع إلى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للآخر الخيار فلذلك هنا (عملا بالشبهين) يعني كما عملنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب أن يعمل بشبهة المقارنة في حق تضمين الجناية نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في التضمين إذا دفع بغير قضاء ، لأنه يبطل ما تعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة إذا دفع بقضاء ، لأنه يجوز بالدفع عملا بشبهي المقارنة والتأخر .

(وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة ، لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع ، فصار وجود الإعتاق من بعد وعدمه بمنزلة) وعند الأئمة الثلاثة الإعتاق في القن وإعتاق أم الولد كإعتاق المدبر عندنا والشافعي في قول . أشار إليه بقوله (وأم

وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا ، لأن الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير . وإذا أقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز إقراره ولا يلزمه به شيء عتق أو لم يعتق ، لأن موجب جناية الخطأ على سيده وإقراره به لا ينفذ على السيد، والله أعلم .

الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا ، لأن الإستيلاد مانع من الدفع كالتدبير) لأن المولى منع من تسليمها بالإستيلاد السابق من غير اختيار (وإذا أقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز إقراره ولا يلزمه به شيء عتق أو لم يعتق، لأن موجب جناية الخطأ على سيده وإقراره به لا ينفذ على السيد ، والله أعلم) ولا يعلم فيه خلاف .

* * *

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يـــده من القطع فعليه قيمته أقطع ، وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه . والفرق أن الغصب قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع ، فيصير كأنه هلك بآفـــة سماوية فتجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفـــاً فيصير مسترداً كيف وانه

(باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك)

أي هذا باب في بيان أحكام غصب المدبر إلى آخره قوله (في ذلك) أي في العبد والمدبر ولما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنايتهما مـــع غصبهما ، لان الفرد قبل المركب ، ثم جر كلامه إلى بيان غصب الصبي .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته أقطع ، وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه ، والفرق) بين المسألتين (أن الغصب قاطع للسراية ، لانــه) أي لان الغصب (سبب الملك) لان المضمونات تملك عند أداء الضمان مستنداً إلى أول الغصب. ولما كان الغصب من أسباب الملك كان تخلل الغصب بين الجنايه والسراية قاطعاً للسرايـــة (كالبيع) إذا تخلل (فيصير) أي العبد المغصوب (كأنه هلك بآفـــة سماوية فتجب قيمته أقطع) أي حال كونه مقطوع اليد (ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني) أي ولم يوجد قاطع السراية في المسألة الثانية (فكانت السراية مضافة إلى البداية) أي إلى أول

استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان . قال وإذا غصب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه فمات في يده فهو ضامن ، لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله . قال ومن غصب مدبراً

الامر (فصار المولى متلفاً ، فيصير مسترداً كيف) أي وكيف لا يكون مسترداً .

(وأنه استولى عليه) أي والحال أن المولى استولى على العبد بالقطع (وهو استرداد) أي الإستيلاء عليه استرداداً ، فإذا كان كذلك (فيبرأ الغاصب عن الضمان) واعترض الإمام قاضي خان بأن هذا مخالف مذهبنا ، فإن الغصب لا يقطع السراية لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضاء ، لان السراية إنما يقطع به باعتبار تبدل الملك إذا ملك البدل على الغاصب ، أما قبله فلا نص عليه في آخر وهذا الجامع ، إلا إنما يضمن الغاصب هنا قيمة عبد أقطع ، لان السراية وإن لم تنقطع بالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ الغاصب عنه ، إلا إذا ارتفع الغصب ولم يرفع ، لان الشيء إنما يرتفع بما فوقه أو بمثله ، ويد الغاصب ثابتة عليه حقيقة وحكماً ويد المالك الغاصب باعتبار السراية ثبتت عليه حكماً ، والثابت حكماً دون الثابت حقيقة وحكماً ، فلم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى فيقرر عليه الضمان .

بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب ، لان الغصب يرتفع بها . وقال الاكمل رحمه الله وفيه نظر ، لانا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكماً ، فإن يد المولى ثابتة عليه حكماً لا تثبت على الشيء الواحد يدان حكماً بكمالهما ، واليد الحقيقية واجبة الدفع لكونها عدواناً محضاً لا يصلح معارضاً ولا مرجحاً .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا غصب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه فمات في يده فهو ضامن) هذا إذا كان الغصب ظاهراً فيضمن في الحال يباع فيه ، لان أفعال العبد معتبرة . ولو كان الغصب ظهر بإقراره لا يجب إلا بالعتق ، كذا قال الفقيه أبو الليث رحمه الله ، وذلك لان الرق يوجب الحجر في الاقوال دون الافعال وإن أقر العبد المحجور بحد أو قصاص لزمه في الحال ، لانه يبقى في ذلك على أصل الحرية (لان المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله) أي في حال رقه ، أما الاقوال فمؤاخذ بها بعد

فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى ، فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ، لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للفداء ، فيصير مبطلاً حق أولياء الجناية إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها ، ويكون بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب . قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب ، لأنه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب ، فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب . قال ويدفعه إلى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب ، وهذا

المتق ، فكان ذكر المحجور احترازاً عن المأذون ، فإنه يؤاخذ بالاقوال أيضاً عندنا .

(قال) أى في الجامع الصغير (ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما) أى بين ولي الجنايتين (نصفان ، لان المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للفداء) لعدم علمه وقت التدبير بجنايته يحدث عنده في المستقبل (فيصير مبطلا حق أولياء الجناية إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها) أى في قيمة الرقبة (وتكون بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب) أى في المستحق من الجناية .

(قال) أى محمد (ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب ، فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب) أى بسبب كان في يد الغاصب إذا غصب عبداً فجنى في يده فرده الى المولى فجنى جناية فدفع الى ولي الجناية ، لان للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته ، كذا هذا .

(قال) أى محمد (ويدفعه) أى النصف المأخوذ من الغاصب (الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك) أى بالمدفوع الى ولي الجناية (على الغاصب ، وهذا) أى وهذا الدفع

عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» . وقـــال محمد «رح» يرجع بنصف قيمته فيسلم له ، لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحـــد كيلا يتكرر الاستحقاق . ولهما أن حق الأول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد ، وانمـــا انتقص باعتبار مزاحمة الثاني ، فإذا وجد شيئاً من بدل العبد في يد المالك فارغاً يأخذه ليتم حقه ، فإذا أخذه منه يرجع إلى المولى بما أخذه على الغاصب ، لانه استحق من يده بسبب

الثاني والرجوع الثاني (عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له) أي للمولى ، أي لا يدفعه الى ولي الجناية الاولى وهو قياس قول الائمة الثلاثة (لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدى الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحدو كيلا يتكرر الاستحقاق) يدفعه الى ولي الجناية عند المولى بأن كانت الجناية الاولى عند المولى ثم غصبه غاصب فجنى عنده جناية أخرى فإن المولى يدفع قيمته الى ولي الجنايتين نصفين ثم يرجع بـــه على الغاصب بنصف القيمة ويدفع الى ولي الجناية الاولى ، ولا يرجع به على الغاصب مرة أخرى ، وهذا بالإجماع .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف (أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد ، وإنما انتقص) أي حقه (باعتبار مزاحمة الثاني ، فإذا وجد)أي إذا وجد ولي الجناية الأولى (شيئاً من بدل العبد في يد المالك فارغاً) أي من غير مزاحمة ولي الجناية الثانية (يأخذه) لأنه يتقدم على المولى (ليتم حقه) أي لأجل إتمام حقـــه (فإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب ، لأنه استحق من يـده بسبب كان في يد الغاصب) فلهذا رجع عليه ثانياً .

كان في يد الغاصب . قال وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينـــا في الفصل الاول ، غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية إذا كانت هي في يد الغاصب فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا يرجع بـــه على الغاصب ، وهذا بالإجماع . ثم وضع المسألة في العبد فقال ومن غصب عبداً فجنى في يده ثم رده فجنى جناية أخرى فإن المولى يدفعه إلى ولي الجنايتين ، ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمـــة فيدفعه إلى الأول ويرجع

(قال) أي محمد (وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ، ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لمـــا بينا في الفصل الأول) أي فيما إذا جنى المدبر في يد الغاصب ثم في يد المولى (غير أن استحقاق النصف) ذكر هذا الاستثناء لبيان الفرق بين المسألة الأولى ، والثانية عندهما حيث لا يرجع عندهما أيضاً . بيانه أن استحقاق النصف إذا استحق النصف الذي أخـــذ المولى من الغاصب (حصل بالجناية الثانية إذا كانت هي في يد الغاصب فيدفعه إلى ولي الجنايـــة الأولى ولا يرجع به على الغاصب ، وهذا بالإجماع) أي رجوع المولى على الغاصب في المسألة الثانيـــة بالإجماع . بخلاف المسألة الأولى ، فإن ثم كان يرجع المولى عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» مرة ثانية . وذكر القدوري في كتاب التقريب قول أبي حنيفة وحده ، وقول زفر وأبي يوسف مع محمد .

(ثم وضع المسألة في العبد) أي وضع محمد هذه المسألة في الجامـــع الصغير في العبد فقال القن بعدما وضعها في المدبر (فقال) أي محمد (ومن غصب عبداً فجنى في يده ثم رده فجنى جناية أخرى فإن المولى يدفعه إلى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه إلى الأول ويرجع بـــه على الغاصب ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف

به على الغاصب ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف القيمة فيسلم له . وإن جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يـــده يدفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ولا يرجع به . والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا ، إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى العبد ، وفي الأول يدفع القيمة . قال ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ، لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمـــة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب ، لأن الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها إلى الأول لأنه استحق كل القيمة ، لأن عند

«رح» . وقال محمد «رح» يرجع بنصف القيمة فيسلم له وإن جنى عند المـــولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ولا يرجـــع بـــه والجواب في العبد) أي في العبد القن (كالجواب في المدبر) أي في العبد المدبر في الاختلاف والاتفاق سواء (في جميع ما ذكرنا ، إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الأول) أي في المدبر (يدفع القيمة) لأنه لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك ، وفي العبد يرفع نفس العبد لعدم المانع .

(قال) أي محمد (ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ، لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فتجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب ، لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها إلى الاول) أي نصف القيمة إلى ولي الجناية الاولى (لانه استحق كل القيمـــة ، لان عند وجود الجناية عليه لا حـــق لغيره ، وإنما انتقص بحكم المزاحمة من بعد) أي مزاحمة الثاني .

وجود الجناية عليه لا حق لغيره ، وإنمـــا انتقص بحكم المزاحمة من بعد . قال ويرجع به على الغاصب ، لأن الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا إلى ولي الجناية الثانية لأنه لا حق له إلا في النصف لسبق حق الأول وقد وصل ذلك إليه. ثم قيل هذه المسألة على الإختلاف كالأولى . وقيل على الإتفاق ، والفرق لمحمد أن في الأولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الأولى ، لأن الجناية الثانية كانت في يد المالك . فلو دفع إليه ثانياً

(قال) أي محمد «رح» (ويرجع به) أي بالنصف (على الغاصب ، لان الاستحقاق بسبب كان في يده) أي عند الغاصب (ويسلم له) أى يسلم النصف للمولى (ولا يدفعه إلى ولي الجناية الاولى ولا إلى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له) أى لولي الجناية الثانية (إلا فى النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك إليه) أى وصل النصف الى ولي الجناية الثانية.

(ثم قيل هذه المسألة على الإختلاف كالأولى) يعني قال بعض المشايخ يتحقق في هذه المسألة خلاف محمد أيضاً كما في المسألة الاولى ، حيث يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا يؤخذ ولي الجناية الاولى باق وحقه (وقيل على الإتفاق) يعني لا خلاف لمحمد في هذه المسألة بل يأخذ ولي الجناية الاولى تمام حقه وهو نصف القيمة من الولي إذا رجـــع على الغاصب ، وهذا هو الصحيح ، لأن محمداً ذكـــــر هذه المسألة في الجامع الصغير بلا خلاف ، وهكذا فرد هذه المسألة فخر الإسلام وغيره في شرح الجامع الصغير .

فعلى هذا يحتاج محمد إلى الفرق بين المسألتين ، أشار إليه المصنف بقوله (والفرق لمحمد أن في الاولى) وهي ما إذا كانت الجناية الاولى عند الغاصب ، والثانية عند المالك (الذي يرجع به) أي الولي (عوض عما سلم لولي الجناية الاولى ، لان الجناية الثانية كانت في يـــد المالك . فلو دفع إليه ثانياً يتكرر الإستحقاق) لان هذا بدل ما وقع إليه وبدل الشيء يقوم مقامه ، فلو استحق البدل بعدما استحق المبدل يتكرر الإستحقاق .

يتكرر الإستحقاق. فأمـــا في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه .

قال ومن غصب صبياً حراً فمات في يده فجأة أو بحمى فليس عليـــه شيء وإن مات من صاعقة أو نهسة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية . وهذا استحسان ، والقياس أن لا يضمن في الوجهين ، وهو قول زفر والشافعي ، لأن الغصب في الحر لا يتحقق ، ألا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع انه حر يداً ، فإذا كان الصغير حراً رقبة ويداً أولى . وجه الإستحسان أنـــه لا يضمن بالغصب ، ولكن

(أما في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضـــاً عن الجناية الثانية لحصولها في يـــد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه) أي إلى تكرار الاستحقاق . قال الاكمل قوله أما في هذه المسألة فيه نظر ، فان الجناية الثانية وإن حصلت في يـــد الغاصب ، لكن أخذ الولى منه حقها أول مرة ولم يبق لوليها استحقاق ، حتى يجعـــل المأخوذ من الغاصب ثانياً في مقابلة ما أخذه .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن غصب صبياً حراً) ، أى ذهب به بغير إذن وليـــه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة ، وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في زمنه (فمات في يده فجأة أو بحمى فليس عليه شـــيء . وإن مات من صاعقة أو نهسته حية فعلى عاقلة الغاصب الدية ، وهذا استحسان ، والقياس أن لا يضمن في الوجهين ، وهو قول زفـــر والشافعي) وبه قال مالك وأحمد (لأن الغصب في الحر لا يتحقق . ألا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حر يداً ، فاذا كان الصغير حراً رقبة ويداً أولى) .

(وجـــه الإستحسان أنه لا يضمن بالغصب ، ولكن يضمن بالاتلاف ، وهذا إتلاف تسـبيباً) أى من حيث السببية (لأنه نقله إلى أرض مسبعة) أي إلى أرض يأوي إليها

يضمن بالإتلاف . وهذا إتلاف تسبيباً ، لأنه نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق . وهـــذا لأن الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان ، فإذا نقله إليه فهو متعد فيه ، وقد أزال حفظه الولي فيضاف إليه ، لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعدياً كالحفر في الطريق . بخلاف الموت فجأة أو بحمى ، لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن ، حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى والأمراض نقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتيلاً تسبيباً. قال وإذا أودع صبي عبداً فقتله فعلى عاقلته الدية وإن أودع طعاماً فأكله لم يضمن ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد .

السباع (أو إلى مكان الصواعق) أي إلى مكان ينزل فيه الصواعق عادة وهو جمع صاعقة معروف (وهذا) أي كونه إتلافاً (لأن الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان ، فاذا نقله إليه) أي إلى موضع تكون فيه الأشياء المذكورة (وهو متعد فيه) الواو فيه الحال أو في نقله (وقد أزال حفظه الولي) الواو فيه أيضاً الحال .

وقوله (فيضاف إليه) جواب الشرط ، أي يضاف الاتلاف إلى القاتل (لأن شـــرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعدياً كالحفر في الطريق . بخلاف الموت فجأة أو بحمى ، لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن ، حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى والأمراض نقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتيلاً تسبيباً) أي من حيث السببية .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا أودع صبي عبداً فقتله فعلى عاقلته الدية) أي على عاقلة الصبي الدية . قيل المراد القيمة وبها صرح فخر الإسلام والصــــدر الشهيد « رح » ، وأثر لفظ الدية لأنها بإزالة الآدمية والقيمة بإزالة المالية وفي العبد بإزالة الآدمية عند أبي حنيفة ومحمد « رح » .

(وإن أودع) أي الصبي (طعاماً فأكله لم يضمن ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » .

وقـــال أبو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعاً ، وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخـــذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد ، ويؤخذ به بعد العتق . وعند أبي يوسف والشافعي يؤاخذ بـــه في الحال ، وعلى هذا الخلاف الإقراض والإعارة في العبد والصبي . وقال محمد في أصل الجامع الصغير صبي قـــد عقل . وفي الجامع الكبير وضع المسألة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة ، وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن

وقال أبو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعاً) وبه قال مالك وأحمد . وفي شـرح الطحاوي أودع عند صبي مـــالاً فهلك في يده فلا ضمان عليه بالإجماع ، وإذا استهلك الصبي إن كان الصبي مأذوناً له في التجارة يضمن الصبي بالإجماع ، وإن كان محجوراً قبل الوديعة . بإذن وليه ضمن بالإجماع . وإن قبل بغير إذن وليه فلا ضمان عليه عنـــد أبي حنيفة ومحمد لا في الحال ولا بعد الادراك . وقال أبو يوسف والشافعي « رح » يضمن فى الحال ، وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير بلا وديعة يضمن في الحال بالإجماع .

(وعلى هذا اختلاف [1] إذا أودع العبد المحجور عليه مـــالاً فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ويؤاخذ به بعد العتق . وعند أبي يوسف والشافعي « رح » يؤاخذ به في الحال ، وعلى هـــذا الخلاف الإقراض) يعني إذا أقرض الصبي شيئاً وسلم إليه واستهلكه لا يضمن عندهما . خلافاً لأبي يوسف (والإعارة) يعني إذا أعار الصبي شيئاً فاستهلكه لا يضمن (في العبد والصبي) يعني حكمهما واحد والمراد من المحجور . وقال فخر الاســلام الاختلاف في الايداع والاعارة والقرض والبيع وكـل وجه من الوجوه التسليم واحد .

(وقال محمد « رح » في أصل الجامع الصغير صبي قد عقل . وفي الجامع الكبير وضع المسألة في صبي ابن اثني عشرة ســـنة ، وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق)

بالإتفاق ، لأن التسليط غير معتبر ، وفعله معتبر . لهما أنه أتلف مالاً متقوماً معصوماً حقا لمالكه، فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبداً ، وكما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع . ولأبي حنيفة ومحمد انه أتلف مالاً غير معصوم فلا يجب الضمان ، كما إذا أتلفه بإذنه ورضاه ، وهذا لأن العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا إقامة ها هنا ، لأنه لا ولاية له على

فساعده فيه فخر الاسلام حيث ذكـــر في جامعه هكذا . وأما غيره من شروح الجامع الصغير كجامع أبي اليســر وقاضي خان والتمرتاشي فالحكم على خلاف هذا ، حيث قال هذا الخلاف فيما إذا كان الصبي عاقلاً ، وإن لم يكن عاقلاً فلا يضمن في قولهم جميعاً (لأن التسليط غير معتبر وفعله معتبر) لأن تسليط الصبي غير العاقل هــدر وفعله معتبر فيؤاخذ بــه .

(لهما) أي لأبي يوسف والشافعي « ر ح » (أنه أتلف مالاً متقوماً معصوما حقاً) قوله حقاً متعلق بقوله معصوماً ، أي معصوماً لأجل المالك (لمالكه) بغير إذنه (فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبداً) فأتلفه يجب عليه الضمان بالاتفاق (وكما إذا أتلفه غير الصبي في يــد الصبي المودع) فيجب الضمان على المتلف فعلم أن المــال معصوم في يــد الصبي .

(ولأبي حنيفة ومحمد أنه أتلف مــالاً غير معصوم) لأنه سلطه على الإتلاف (فلا يجب الضمان ، كما إذا أتلفه بإذنه ورضاه ، وهذا) أي عــدم وجوب الضمان (لان العصمة تثبت حقاً له) أي للمالك (وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة) أي من الايداع والاعارة ومن فعل ذلك (فلا يبقى مستحقاً للنظر) لأنه أوقــع ماله في يد يمنع يد غيره عليه باختياره (إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا إقامة ها هنا ،

الاستقلال على الصبي ، ولا الصبي على نفســـه ، بخلاف البائع والمأذون له ، لأن لهما ولاية على أنفسهما . وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبداً لأن عصمته لحقه إذ هو مبقي على أصل الحرية في حق الدم . وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي ، لانه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره .

قال وإن استهلك مالاً ضمن، يريد به من غير إيداع

لأنه لا ولاية له على الصبي ولا الصبي على نفسه) فكان تعيناً من جهة .

(بخلاف البالغ والمأذون له ، لان لهما ولاية على أنفسها) فصح الايداع عندهما ، فيضمنان بالاجماع (وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبداً لأن عصمته لحقه) أي لان عصمة العبد لحق العبد لا باعتبار أن المالك لعصمته (إذ هو مبقي على أصل الحرية في حق الدم) فلا يوجد التسليط في حقه ، فاذا لم يوجد يضمن سـواء كان صغيراً أو كبيراً . بخلاف سائر الاموال ، فإن للمالك أن يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط .

(وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي) يعني إذا أتلف الوديعة والتذكير باعتبار المودع غير الصبي المودع حـــال كونه في يد الصبي حيث يضمنها العصمة (لأنه سقطت العصمة) أي عصمة الوديعة (بالاضافة إلى الصبي الذي وضـــع في يـده المال) المودع فحسب ولا يسقط في حق غيره ، وهو معنى قوله (دون غيره) حاصله أن المالك بالايداع عند الصبي إنما ســقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره ومالـه معصوم في حق غيره كما كان ، فصار مال الوديعة عند الصبي بمنزلة من له القصاص فانه غير معصوم الدم في حق من له القصاص ، ومعصوم في حق غيره ، فكذا هنا .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإن استهلك مــالاً ضمن) أى فإن اســـتهلك الصبي مالاً لرجل ضمن ، وهذا في غير الوديعة وهو معنى قوله (يريد به من غير إيداع) أي يريد محمد بقوله ضمن في غير الوديعة ، وفيه إتفاق . وفي الوديعة إذا استهلكها خلاف

لان الصبي يؤاخذ بأفعاله ، وصحة القصد لا معتبر بهـــا في حقوق العباد ، والله أعلم بالصواب

سبق آنفاً (لأن الصبى يؤاخذ بأفعاله) فإن قلت رفع القلم عن الصبي بالحديث فكيف وجب عليه الضمان . قلت رفع القلم يـــدل على رفع الإثم ولا يلزم من رفـــع الاثم ، نفي الضمان كما في النائم إذا انقلب على شيء فأتلفه .

(وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد ، والله أعلم بالصواب) هذا كأنه جواب عما يقال إن الصبي ليس له قصـــد صحيح ، فكان ينبغي أن لا يضمن فقال لا اعتبار لصحة العقد في حق العباد . ألا ترى أن البالغ أيضاً إذا استهلك مالاً لانسان فيضمن ســـواء كان له قصد صحيح في ذلك أو لم يكن ، فعلى أى وجه كان يلزمه الضمان .



باب القسامة

قال وإذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلاً منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً .

(باب القسامة)

أي هذا باب في بيان أحكام القسامة . وقال الكاكى القسامة لغة مصدر أقسم قسامة أو اسم وضع موضع الاقسام . قلت هو اسم وضع موضع الاقسام . وفي الشرع أيمان يقسم بها على أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به أثر كل منهم ويقول ما فعلت ولا علمت له قاتلا . وقيل القسامة الايمان المتكررة في دعوى القتل على أهل محلة أو دار أو موضع قريب . وقيل أهل اللغة يذهبون إلى أنها القوم الذين يحلفون ، سموا بأسماء المصدر كما يقال رجل عدل ، وأى الأمرين كان هو من القسم الذى هو الحلف وقسمها وجود القتيل في المحلة أو في معناها وركنها قولهم بالله ما قتلناه وما علمنا له قاتلا .

وشرطها أن يكون المقسم رجلا بالغاً عاقلا ، والنساء لا يدخلن في القسامة عند أكثر أهل العلم إلا عند مالك ، فانه قال لمن يدخل فى القسامة الخطأ دون العمد . وحكمها القضاء بوجوب الدية بعد الحلف ، سواء كانت الدعوى فى القتل الخطأ أو العمد عند أكثر أهل العلم . وقال مالك والشافعي فى القديم وأحمد إن كانت الدعوى فى القتل العمد إذا حلفوا الأولياء بعد يمين أهل المحلة يستحقون القود ومحاسنها والحكمة فيها تعظيم الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص . ودليل شرعيتها الاحاديث المذكورة على ما يجيىء إن شاء الله تعالى .

(قال) أي القدورى (وإذا وجد القتيل فى محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا) بشرط أن يكون فى القتيل

أثر القتل من جراحة أو ضرب أو خنق أو نحوه . أما إذا وجد ميتاً لا أثر فيه فلا قسامة ولا دية وهذا ميت .

وقوله فى محلة ليس بقيد . وكذا لو وجد فى دار رجل . وقوله لا يعلم من قتله لأنه إذا علم القاتل فلا قسامة ، والحكم يتعلق به . وقوله استحلف خمسون رجلا قال الكرخي ليس فيهم عبد ولا صبي لم يبلغ ولا امرأة . قوله منهم أى من أهل المحلة . وقال الكرخي وإن كان فى أهل المحل الفاسق والصالح،فالخيارفيهم إلى الورثة يختارون أهل الصالح حتى يستحلفوهم فإن كان أهل الصالح لا يتمون خمسين وأرادوا أن يردوا عليهم الايمان فليس لهم ذلك ولهم أن يتخيروا من الباقين تمام خمسين رجلا .

وذكر ابن الجلاب المالكى فى كتابه التفريع والايمان فى القسامة مغلظة بخلافها فى سائر الحقوق ويحلف الحالف فيها فى المسجد الاعظم بعد الصلاة عند اجتماع الناس فيه ، ويجلب إلى مكة والمدينة وبيت المقدس من وجبت عليه قسامة من أهلها ، ولا يجلب إلى غيرها إلا المكان القريب . وقوله بالله ما قتلناه على طريق الحكاية عن الجمع . وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا يحلف بالله ما قتلنا لجواز أنه باشر القتل بنفسه فيجترىء على اليمين بالله ما قتلنا .

(وقال الشافعي إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يميناً) قبل يمين أهل المحلة (ويقضي لهم بالدية على المدعى عليه عمداً كانت الدعوى أو خطأ) وقال الكاكي استحلف الأولياء خمسين يميناً قبل يمين أهل المحلة يقضى بالدية على المدعى عليه عمداً كان أو خطأ ، وهو قوله الجديد . وقال مالك وأحمد والشافعي في القديم إذا استحلف الاولياء وحلفوا واستحلفوا القود في دعوى العمد على المدعى عليه جماعة كان أو أحد أوشرطه اللوث عندهم ، وعند عدم اللوث كسائر الدعاوى .

وقال الغزالي في وجيزه وكيفية القسامة أن يحلفوا المدعي خمسين يميناً متوالية في مجلس واحد بقصد التحذير والتغليظ ، ولو كان في مجلسين فوجهان . وقال ابن الجلاب

وقال مالك « رح » يقضي بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد ، وهو أحد قولي الشافعي . واللوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحـــد بعينه ، أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه . وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه مثل مذهبنا ، غير انه لا يكرر

المالكي ويبدأ في القسامة بالمدعين دون المدعى عليه ، فيحلفون خمسين يميناً ويستحقون القود نفســـاً منهم . وإذا كان ولاة الدم أكثر من خمسين رجلا ففيها روايتان ، أحدهما يقتصر على خمسين منهم فيحلفون خمسين يميناً ، والاخرى أنهم يحلفون كلهم وإن زادت عدة الأيمان على خمسين . وإذا نكل المدعون للدم عن القسامة وردت الأيمان على المدعى عليهم فنكلوا حبسوا حتى يحلفوا ، فإن طال حبسهم تركوا على كل واحـــد منهم جلد مائة وحبس سنة ، انتهى .

وقال الخرقي من أصحاب أحمد بن حنبل « رح » في مختصره وإذا وجد قتيل فادعى أولياؤه على قوم لا عداوة بينهم ولم يكن لهم بينــة لم يحكم لهم بيمين ولا غيرها ، وإن كان بينهم عداوة ولوث وادعى أولياؤه على واحد منهم وأنكر المدعى عليه ولم يكن للأولياء بينة حلف الأولياء خمسين يميناً على قاتله واستحقوا دمـــه إن كانت الدعوى عمـــداً . فإن لم يحلف الاولياء حلف المدعى عليه خمسين يميناً ، ويرى فإن لم يحلف المدعون ولم يرضوا بيمين المدعى عليه فداه الإمام من بيت المال ، فإن شهدت البينة العادلة أن المجروح قال دمي عند فلان فليس يوجب القسامة ما لم يكن لوث .

(وقال مالك « رح » يقضي بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد ، وهو أحـــد قولي الشافعي « رح ») وقد ذكرنا أن هذا هو القول القديم للشافعي (واللوث عندهما) أي عند الشافعي ومالك « رح » (أن يكون هناك علامة القتل على واحـــد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه . وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه) أي فمذهب الشافعي (مثل مذهبنا ،

اليمين بل يردها على الولي . فإن حلفوا لا دية عليهم الشافعي في البداءة بيمين الولي قوله عليـــه السلام للأولياء فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه ، ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر .

غير أنه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي ، فإن حلفوا لا دية عليهم) فتكلم أولاً في اللوث ثم نحرر مذهب الثلاثة .

فاللوث من لوث المـاء كـــدره ، ولوث ثيابه بالطين فتلوث . ومنه قولهم لوث وعداوة ، أي شر أو طلب بحقد ، والمراد بـه عندهم قرينة ظاهرة توقع في القلب صدق المدعي بأن يكون هناك علامة القتل في واحـــد بعينه من أثر الدم على ثيابه وغيره كما ذكـــر في المتن . وقال الغزالي في وجيزه واللوث قرينة حال تغلب الظن كقتيل في محلة بينهم عداوة ، أو قتيل دخـــل عليهم ضيفاً ، أو قتيل تفرق عنه جماعة محفرون ، أو قتل في صف الخصم القاتل ، أو قتيل في الصحراء وعلى رأسه رجل معه سكين . وقول المجروح قتلني فلان ليس بلوث ، وقول واحد من أهل القتيل ، روايتهم لوث .والقياس أن قول واحد منهم لوث ، وأما عدة من الصبية والفسقة ففيهم خلاف ، انتهى .

وقال ابن الجلاب المالكي واللوث شيئان الشاهد العدل وقول المجروح دمي عند فلان ، وفي الثالث مذهبان يعني الذي يرى معه سيفه ، وشهادة الواحد لوث توجب القسامة ، وفي شهادة النساء روايتان إحداهما أنه لوث توجب القسامة ، والاخرى أنها لا توجبها . وكذلك شهادة الواحد والجماعة إذا لم يكونوا عدولاً . وفي شهادة العبد روايتان إحداهما أنه لوث ، وقيل لا يكون لوثاً . وإذا وجد رجل مقتول ووجد بقربه رجل معه سيف أو في يده شيء من آلة القتل وعليه آثار القتل فهو لوث موجب القسامة والدية لولاته .

(الشافعي في البداية بيمين الولي قوله ﷺ للأولياء فيقســـم منـكم خمسون أنهم قتلوه ، ولأن اليمين تجب على من يشـــهد له الظاهر) أي قول النبي ﷺ هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سهل بن أبي حثمة قـــال خرج عبد الله بن سهل بن زيد ومحيصة بن مسعود بن زيد حتى إذا كانا بخيبر تفرقا ... الحديث مطولاً ، وفيه فقـــال

ولهذا تجب على صاحب اليد ، فإذا كان الظاهر شاهداً للولي يبـــدأ بيمينه ، ورد اليمين على المدعي أصل له كما في النكول ، غير أن هذه دلالة فيهـــا نوع شبهة ، والقصاص لا يجامعها ، والمال يجب معها ، فلهذا وجبت الدية . ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، وفي رواية على المدعى عليه .

لهم أي لأولياء القتيل أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم . وجه الاستدلال به أنه عليه السلام بدأ على من شهد له الظاهر ، يعني كما في ســـائر الدعاوي ، فإن الظاهر يشهد للمدعي عليه ، لأن الاصل براءة ذمته . فأما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث ، فيكون اليمين حجة له .

(ولهذا تجب على صاحب اليد ، فإذا كان الظاهر شاهداً للولي يبدأ بيمينه ، ورد اليمين على المدعي أصل له) أي للشافعي (كما في النكول) يعني إذا نكل المدعى عليه عن اليمين رد على المدعي (غير أن هذه) أشار به إلى الدعوى التي هنا (دلالة) أي على الصدق (فيها نوع شبهة ، والقصاص لا يجامعها) أي لا يثبت القصاص مع الشبهة (والمال يجب معها) أي مع الشبهة (فلهذا وجبت الدية دون القصاص) .

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (البينة على المدعي واليمين على من أنكر . وفي رواية على المدعى عليه) هذا الحديث أخرجه الترمذي عن أحمد بن عبيدالله عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال في خطبته البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ، انتهى .

فإن قلت قال الترمذي رحمه الله هذا حديث في إسـناده محمد بن عبد الله العروي مضعف في الحديث من قبل حفظه ضعفه ابن المبارك وغيره . وأخرجه الدارقطني في سننه عن حجاج بن أرطأة عن عمرو بن شعيب به . وقـال صاحب التنقيـح وحجاج بن أرطأة ضعيف ، ولم يسمعه من عمرو بن شعيب ، وإنما أخذه من العزرمي عنه ، والعزرمي متروك. قلت شطر الحديث في الكتب الستة من حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنه ، ولكنه

وروى سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم ،

مفرق ، ففي لفظ مسلم ولكن اليمين على المدعى عليه ، وفي لفظ الباقين أن النبي ﷺ قضى أن اليمين على المدعى عليه ، وبهـــذا يعلم أن وظيفة المدعى عليه اليمين ، وليست هي وظيفة المدعي ، وبهذا يقوى حديث الترمذي رحمه الله .

(وروى سـعيد بن المسيب « ر ح ») أى سعيد بن المسيب رضى الله تعالى عنه (أن النبي ﷺ بدأ باليهود بالقسامة ، وجعل الدية عليهم لوجـــود القتل بين أظهرهم) هذا رواه عبد الرزاق رحمه الله في مصنفه أخبرنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب رحمه الله عنهم قال كانت القسامة فى الجاهلية فأقرها النبى ﷺ فى قتيل من الأنصار وجـد فى جب لليهود ، قال فبدأ رســـول الله ﷺ باليهود ، فكلفهم قسامة خمسين ، فقالت اليهود لن نحلف ، فقال رسول الله ﷺ للأنصار أفتحلفون ؟ فأبت الانصار أن تحلف ، فأغرم رسول الله ﷺ اليهود ديته ، لأنه قتل بين أظهرهم .

ورواه ابن أبي شـيبة رحمه الله فى مصنفه حدثنا عبد الأعلى عن معمر به . وكذلك رواه الواقدي فى المغازي فى غزوة خيبر حدثني معمر به . وقـــال الأترازى سعيد بن المسيب من أعلى طبقات التابعين ، ولكن فى ذكره نظر ، لأنه لم يذكر روايته فى كتب الحديث فى هذا الباب مثل الموطأ والصحيح والسنن وشـــرح الآثار وغير ذلك ، نعم فروي عن الزهرى رحمه الله ذلك فى شرح الآثار ، وأشار به إلى ما رواه الطحاوى رحمه الله حدثنا أبو بشر الدرقي حدثنا أبو معاوية الضرير عن ابن أبي ذئب عن الزهرى رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قضى بالقسامة على المدعى عليهم ، فدل ذلك أن القسامة على المدعي لا على المدعين على ما بين الزهرى رحمه الله ، انتهى .

قلت عدم الإطلاع فى كتب الحديث يؤدى إلى هذه المقالة ، فكيف ينكر الأترازى رحمه الله هذا وقد روى عبد الرزاق وابن أبي شيبة والواقدى عن سعيد بن المسيب به ولم يذكر الطحاوى « رح » سعيد ، بل اقتصر على الزهرى ، وفى كل منهما كفاية للحجة ، ومعمر بفتح الميمين بن راشد . وأبو معاوية الضرير محمد بن خازم بالخاء والزاء المعجمتين .

ولأن اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي إلى الاستحقاق، ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل، فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة. وقوله يتخيرهم الولي إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولي، لأن اليمين حقه، والظاهر أن يختار من يتهمه بالقتل أو يختار صالحي أهل المحلة، لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز، فيظهر القاتل، وفائدة اليمين النكول، فإن كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح.

وابن أبي ذئب محمد بن عبد الرحمن بن الحارث بن أبي ذئب، واسم أبي ذئب هشام بن شعبة بن عبد الله بن قيس القرشي العامر المدني. والزهري هو محمد بن مسلم بن شهاب.

(ولأن اليمين حجة للدفع) قد مضى فى الدعوى أن اليمين ليست بحجة صالحة لاستحقاق بنفسه فكيف يصلح حجة صالحة لاستحقاق بنفس محترمة خصوصاً فى موضع يتيقن بأن الحالف مجازف يحلف ما لم يعاينه بأمر مجهول وهو اللوث، وإنما شرعت اليمين لانتفاء ما كان، فلا يستحق بها ما لم يكن مستحقاً، يشير إلى هذا بقوله حجة الدفع (دون الاستحقاق وحاجة الولي إلى الاستحقاق، ولهذا) أى ولكون حاجة الولي إلى الاستحقاق (لا يستحق بيمينه المال المبتذل، فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة) قال شيخنا العلاء «رح» هذا معنى قول مالك وأحمد وقول الشافعي «رح» فى إيجاب القصاص، وبقي قوله الآخر يستحق بيمينه النفس، أى القصاص، إلا أنه سقط باعتبار الشبهة، فصار إلى الدية بدلاً عن القصاص.

(وقوله) أى وقول القدوري (يخيرهم الولي، إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولي، لان اليمين حقه، والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل) مثل الفسقة والشبان، لأن تهمة القتل فيهم أكثر (أو صالحي أهل المحلة) أى يختار الصالحين من أهل المحلة (لما أن تحرزهم)أي أن تحرز الصالحين (عن اليمين الكاذبه أبلغ التحرز فيظهر القاتل، وفائدة اليمين التكول، فان كانوا لا يباشرون ويعلمون) أى القاتل (يفيد يمين الصالح عن

ولو اختاروا أعمى أو محدوداً في قذف جاز ، لأنه يمين وليس بشهادة

قال وإذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي

وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله ابن سهل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بأيمانها، ولأن اليمين عهدت في الشرع مبرئاً للمدعى عليه لا ملزماً ، كما في سائر الدعاوى .

العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح) بالطاء المهملة وهو نقيض الصالح .

(ولو اختاروا أعمى أو محدوداً في قذف جاز ، لأنه يمين وليس بشهادة) احترز به عن اللعان حيث لا يجوز اللعان منهما لما أن اللعان شهادة والأعمى أو المحدود في القذف ليسا من أدابها .

(قال) أى القدورى (وإذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية) أى على عاقلتهم في ثلاث سنين ، لان حالهم هنا دون حال من باشر بالقتل خطأ ، والدية هناك على العاقلة في ثلاث سنين ، فهنا أولى . وذكر اختلاف زفر ويعقوب « رح » ، قال زفر القسامة والدية على العاقلة . وقال أبو يوسف « رح » لا قسامة على العاقلة بل الدية عليهم ، لان التحمل يجرى في الدية ولا يجرى في اليمين (ولا يستحلف الولي) .

(وقال الشافعي « رح » لا تجب الدية) إذا حلف المدعى عليه ، وبه قال مالك وأحمد وأبو الليث وأبو ثور « رح » (لقوله عليه السلام) أى لقول النبي ﷺ (في حديث عبد الله بن سهل تبرئكم اليهود بأيمانها) هذا قطعة من حديث عبد الله بن سهل ، وقد مرت قطعة منه عن قريب . وقال أبو داوود « رح » رواه بشر بن الفضل ومالك عن يحيى بن سعيد فقال فيه أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم ، رواه ابن عيينة عن يحيى فبدأ بقوله تبرئكم يهود بخمسين يميناً .

(ولأن اليمين عهدت في الشرع مبرئاً للمدعى عليه لا ملزماً كما في سائر الدعاوى) فكذا هنا ليكون موافقاً للأصول .

ولنا أن النبي عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن أبي مريم ، وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة . وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الإبراء عن القصاص والحبس .

(ولنا أن النبي ﷺ جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل) ابن زيد قد مر أنه أخرجه الأئمة الستة ، وفيه أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم ، وفي آخره فوداه رسول الله ﷺ بمائة من ابل الصدقة . قال سهل فقد كفى منها ناقة حمراء . والمقتول كان عبد الله بن سهل رضي الله عنه .

(وفي حديث زياد بن أبي مريم) فقال المخرج غريب ، يعني لم يثبت (وكذا جمع عمر رضي الله تعالى عنه بينهما) أي بين الدية والقسامة (على وادعة) وهي بطن من همدان ، ذكره في الجمهرة ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الثوري عن مجالد ابن سعيد وسليمان الشيباني عن الشعبي أن قتيلا وجد بين وادعة وشاكر فأمر عمر «رض» أن يقيسوا ما بينهما فوجدوه إلى وادعة أقرب فحلفهم عمر « رض » خمسين يميناً كل رجل ما قتلت ولا علمت له قاتلا ثم غرمهم الدية . وأخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا وكيع حدثنا اسرائيل عن أبى اسحاق عن الحارث بن الأرفع قال وجد قتيل بين وادعة وأرحب ، فذكره بنحوه .

(وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود) هذا جواب عن استدلال الشافعى بحديث عبد الله بن سهل المذكور) أي قول النبى ﷺ تبرئكم اليهود (محمول على الإبراء عن القصاص والحبس) تقريره أن قول الخصم الحلف مبرىء. قلنا نحن نقول بموجبه ولكن يبرىء عما وجب لأجله الحلف وهو القصاص لا عن غيره ، كما إذا كانت الدعوى على شيء فحلف المدعى عليه على ذلك الشيء انقطعت الخصومة عنه ، وهنا فيما نحن فيه استحلف كل واحد منهم على القتل ، فباليمين انقطعت الخصومة عن دعوى القتل ، فلم يجب القصاص ، ولكن وجب عليه شيء آخر لا لكونه قاتلا بل لتقصيرهم فى صيانه المحلة عن فساد القتل ، لأنه لولا تقصيرهم لما وقع هذا الأمر ، والتسبيب فى القتل بهذا الطريق موجب الدية فى الشرع .

وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين ، والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا ، بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ . ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف ، لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيماً لأمر الدم ، ولهذا يجمع بينه وبين الدية ، بخلاف النكول في الأموال ، لأن اليمين بدل عن أصل حقه ،

ألا ترى أن العاقلة يؤخذون بالدية وهم ما قتلوا ولكن قصروا فى صيانة الدم عن الإهدار ، هذا الذى قاله الأترازى وغيره . وأحسن منه فى الجواب عنه ما قال أبو داوود « رح » عنه فى حديث مسهل المذكور ، رواه بشر بن المفضل ومالك عن يحيى ابن سعيد قالا فيه أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم . ورواه ابن عيينة عن يحيى قيدا بقوله تبرئكم يهود بخمسين يميناً وهو وهم من ابن عيينة .

(وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا، بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة ، فيقروا بالقتل . فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم ، أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ) هذا جواب آخر عن حديث الخصم ، وقد قدرناه عن قريب .

(ومن أبى منهم اليمين) أي ومن امتنع عن اليمين من الخمسين الذين اختارهم الولي (حبس حتى يحلف ، لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيماً لأمر الدم) فمن نكل عن حق مستحق لذاته فقد ظلم ، وجزاء الظلم الحبس . وإنما قال مستحق لذاته ليسلم ، لأنه بدل عن الدية (ولهذا يجمع بينه وبين الدية) ولو كان بدلاً عن الدية لما جاز بينهما .

(بخلاف النكول في الاموال ، لان اليمين) في الاموال (بدل عن أصل حقه) أي

ولهذا يسقط ببذل المدعي، وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية ، هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة . وكذا اذا ادعى على البعض لا بأعيانهم والدعوى في العمد أو الخطأ ، لأنهم لا يتميزون عن البـــاقي . ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه عمداً أو خطأ . فكذلك الجواب يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب . وهكذا الجواب في المبسوط .

حق المدعي ، وأصل حقه في المال (ولهذا) أي ولكون أصل حقه في المال (يسقط) أي اليمين (ببذل المدعي ، وفيما نحن فيه لا يسقط) أي اليمين (ببذل الدية) بل تجب اليمين المكررة (هذا الذي ذكـرنا) أي من وجـــوب القسامة والدية (إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة . وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم ، والدعوى في العمد أو في الخطأ لأنهم) أي لأن البعض لا بأعيانهم (لا يتميزون عن الباقي) فصـــار كما إذا ادعى على البعض .

(ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه) سنذكره من بعد إن شـاء الله ، أي سنذكر حكم من ادعى على واحد من غير أهل المحلة بعـــد ورقتين عند قوله وإن ادعى على واحـــد منهم سقط عنهم ، هذا وقع في بعض النسخ ، وفي بعضها وقع مثل ما ذكر ها هنا . ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنهم قتلوا ... إلى آخـــره (عمـداً أو خطأ فكذلك الجواب) يعني تجب القسامة والدية (يدل على إطلاق الجواب في الكتـــاب) أي في كتـــاب القدوري رحمه الله ، لأنه قال وإذا وجـــد قتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلاً منهم ... إلى آخره . وأطلق وجوب القسامة والدية على أهـــل المحلة ولم يقيد الدعوى بالوقوع على الجميع أو على البعض بأعيانهم أو لا بأعيانهم (وهكذا الجواب في المبسوط) يعني أوجب القسامة والدية مطلقاً .

وعن أبي يوسف في غير رواية الاصـــل أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة ، ويقال للولي ألك بينة ، فإن قال لا يستحلف المدعى عليه يميناً واحدة . ووجهه أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل في غيرهم ، وإنمـــا عرف بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم ، وفيما وراءه بقي على أصل القياس ، وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم . وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة ، لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بـــين دعوى ودعوى فتوجبه بالنص لا بالقياس. بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم ، لأنه ليس فيه نص ، فلو أوجبناهما لأوجبناهما بالقياس وهو ممتنع .

(وعن أبي يوسف في غير رواية الاصول أن في القياس تسقط القسامة والدية عـــن الباقين من أهـــل المحلة ، ويقال للولي ألك بينة ، فإن قال لا ، يستحلف المدعى عليه على قتله يميناً واحـــدة . ووجهه) أي وجه ما روي عن أبي يوسف رحمه الله (أن القياس يأباه) أي يأبى الحلف (لاحتمال وجـــود القتل من غيرهم ، وإنمـا عرف) أي الحلف (بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم ، وفيما وراءه) وهو ما إذا كان الدعوى على البعض بعينه (بقي على أصـــل القياس) فلم تجب القسامة (وصار كما إذا ادعى القتل علي واحد من غيرهم) فإن فيه البينة من المدعي أو اليمين من المدعى عليه .

(وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة ، لأنه لا فصـــل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فتوجبه) أي يوجب كل واحد من القسامة والدية . وفي بعض النسخ فيوجبها ، أي القسامة والدية (بالنص) الذي ذكر (لا بالقياس . بخلاف ما إذا ادعى على واحـــد من غيرهم ، لأنه ليس فيه نص ، فلو أوجبناهما) أي القسامة

ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه إذا كان له بينـــة ، وإن لم تكن استحلفه يميناً واحدة ، لأنه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس . ثم إن حلف برىء ، وإن نكل الدعوى في المال تثبت به وإن كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى .

قال وإن لم يكمل أهل المحلة كررت الأيمان عليهم حتى تتم خمسين ، لما روي أن عمر رضي الله عنه لمـــا قضى في القسامة وافى إليه تسعة وأربعون رجلاً فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية .

(لأوجبناهما بالقيـــاس وهو ممتنع ، ثم حكم ذلك) أي حكم ما إذا ادعي على واحد منهم من غيرهم (أن يثبت ما ادعاه إذا كان له بينة ، وإن لم يكن استحلفه) أي المدعى عليه (يميناً واحدة ، لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتنع القياس ، ثم إن حلف) أي المدعى عليه (برىء ، وإن نكل والدعوى في المال تثبت به) أى بالنكول سواء كانت الدعوى في القتل خطأ أو في القتل عمداً فالمال يثبت .

(وإن كان) أي الدعوى والتذكير على تأويل الادعاء (في القصاص فهو) أي الحكم فيه (على اختلاف مضى في كتاب الدعوى) في باب اليمين ، بيانه أنه إذا ادعى قصاص على غيره فجحد استحلف لقوله عليه السلام واليمين على من أنكـــره فان نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمـــه القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لأبي يوسف ومحمد « رح » فعندهما يجب الإرش ، وقد مر هناك مفصلاً .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وإن لم تكمل أهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى يتم خمسين ، لما روي أن عمر رضي الله تعالى عنه لما قضى في القسامة وافى إليه تسعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية) روى ابن أبي شيبة في مصنفه بلفظ روى معنى ماذكره المصنف رحمه الله فقال حدثنا وكيع حدثنا

وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك ، ولأن الخمسين واجب بالسنة فيجب إتمامها ما أمكن ، ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ، ثم فيه استعظام أمر الدم ، فإن كان العدد كاملاً فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك ، لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال . قال ولا قسامة على صبي ولا مجنون

سفيان عن عبد الله بن زيد الهذلي عن أبي مليح عن عمر بن الخطاب « رض » رد عليهم حتى وفوا . وروى الكرخي في مختصره بإسناده إلى ابن الأعرج ، قال حدثنا الحارث بن الأزمع أنه كان فيمن حلف فأقسموا بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ، وكانوا تسعة وأربعين رجلا ، فأخذ عمر « رض » منهم رجلا حتى أتموا خمسين ، فقالوا أيماننا وأموالنا . قال عمر « رض » فبم يبطل دم هذا . قول المصنف حتى تتم خمسين ، أي حتى تتم القسامة خمسين رجلا . قوله وافى إليه ، هكذا ذكر المصنف رحمه الله وأهل اللغة ، يقولون وافاه بدون الصلة ، أي أتاه .

(وعن شريح والنخعي مثل ذلك) أما حديث شريح القاضي فرواه ابن أبي شيبة حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن أشعث عن ابن سيرين بلغ عن شريح ، قال جاءت قسامة فلم يوفوا خمسين فردت عليهم القسامة حتى أوفوا . وأما حديث ابراهيم النخعي فرواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الثوري عن مغيرة عن ابراهيم النخعي ، قال إذا لم تبلغ القسامة كرروا حتى يحلفوا خمسين يميناً .

(ولأن الخمسين واجب بالسنة فتجب إتمامها ما أمكن ولا يطلب فيها الوقوف على الفائدة) يعني لا يقال ما الفائدة في تعيين الخمسين ولا يطلب في الخمسين والوقوف على الفائدة (لثبوتها بالسنة) أي لثبوت الخمسين بالأحاديث والآثار (ثم فيه) أي في الخمسين (استعظام أمر الدم) ولهذا يكرر اليمين في اللعان وأمر الدم أقوى .

(فإن كان العدد كاملا فأراد الولي أن يكرر على أحدهم) أي على أحد الخمسين لظنه فيه بالأمر الذي حصل (فليس له ذلك ، لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال) فإذا

لأنهما ليسا من أهل القول والصحيح واليمين قول صحيح . قـــال ولا امرأة ولا عبد لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها . قال وإن وجد ميتاً لا أثر به فلا قسامة ولا دية ، لانه ليس بقتيل إذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي ، وهـــذا ميت حتف أنفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسامة فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به

كان كاملا فلا ضرورة إلى الزيادة .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ولا قسامة على صبي ولا مجنون ، لأنهما ليسا من أهـل القول الصحيح ، واليمين قول صحيح . قال) أي القدوري رحمه الله (ولا امرأة ولا عبد) أي ولا قسامة على امرأة ولا على عبد (لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها) أي على أهل النصرة ، ولأن هؤلاء أتباع وليسوا بأصول ، وقد قال أحمد وربيعة والثوري والأوزاعي ، وقال مالك النساء يدخلن في القسامة الخطأ دون العمد . وقال ابن الهاشم لا يقسم إلا اثنان فصاعداً ، لما أنه لا يقبل إلا شاهدين . وقال الشافعي رحمه الله يقسم كل وارث بالغ ، لأنها يمين في دعوى فيشرع في حق النساء .

(قال وإن وجد ميتاً لا أثر به فلا قسامة ولا دية ، لانه ليس بقتيل ، إذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي ، وهذا ميت حتف أنفه) وبه قال أحمد في رواية وحماد والثوري . وقالت الأئمة الثلاثة الأثر ليس بشرطه بعـــد ثبوت اللوث (والغرامة تتبع فعل العبد) يعني وجوب الغرامة ، أي الدية إنمـا يكون بفعل العبد ، ولا شـــيء هنا يدل على فعله (والقسامة تتبع احتمال القتل) وهذا تحمل الموت حتف أنفه ، بل الظاهر هذا عند عدم الأثر .

(ثم يجب عليه القسم) أي يجب على العبد اليمين (فلا بـــد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا ، وذلك) أي الأثر الذي يدل على كونه قتيلا (بأن يكون به

على كونه قتيلاً وذلك بأن يكون بـــه جراحة أو أثر ضرب أو خنق . وكذا إذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه ، لأنه لا يخرج منهما إلا بفعل من جهة الحي عادة . بخلاف ما إذا خرج من فيـــه أو دبره أو ذكره ، لأن الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل أحد ، وقد ذكرناه في الشهيد . ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعـــه الرأس في محلة ، فعلى أهلها القسامة والدية وإن وجد نصفه مشقوقاً بالطول أو وجد أقل من النصف

جراحة أو أثر ضرب أو خنق ، وكذا إذا كان خرج الدم من عينـــه أو أذنه) قال الأترازي « رح » صاحب الهداية لم يذكر فيها الأنف ، والغالب أنه سهو القلم ، لأنه ذكر في البداية كما ذكره القدورى « رح » في مختصره . قلت لا سهو هناك ، لان الدم يخرج من الأنف غالبـــا من الرعاف ، فلا تصلح دليـــلا مع أن الأترازى « رح » ، قال في شرحه وخروج الدم من موضع يخرج منه الدم عادة من غير ضرب لا يكون أثر القتل ، كما إذا خـــرج من فمه أو أنفه ، لانه قد يكون ذلك من رعاف فلا يصلح أن يكون دليلا على وجـــود ضرب في المحل (لأنه) أى لان الدم (لا يخرج منهما) أى من العين والأذن (إلا بفعل من جهة الحي عادة) .

(بخلاف ما إذا خرج من فيه) أي فمه (أو دبره أو ذكره ، لأن الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل أحد ، وقد ذكرناه في الشهيد) يعني في حال الصلاة في باب الشهيد والدم الذى يخرج من الدبر لا يكون دليـــلا على القتل ، فإنه قد يكون لعلة في الباطن ، وقد يكون أكل شيء غير موافق وكذلك إذا خرج الدم من الاحليل لا يكون دليلاً على القتل لأنه قد يكون ذلك لعرق انفجر في الباطن أو لضعف في الكلي ، أو لضعف الكبد وقد يقع من شدة الحرق أيضاً .

(ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف) أى أو وجد نصف البدن (ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية ، وإن وجـــد نصفه مشقوقاً

ومعه الرأس أو وجـــد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم ، لأن هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي . بخلاف الأقل ، لأنه ليس ببدن ولا يلحق به فلا تجري فيـــه القسامة . ولأنا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان .

بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه ، فلا شيء عليهم) هذا كله من مسائل الاصول ، ذكرها تفريعاً على مسألة القدوري « رح » (لأن هذا حكم) أي لان وجوب القسامة على أهـــل المحلةووجوب الدية على عواقلهم (عرفناه بالنص) بخلاف القياس (وقد ورد به) أي ورد الحكم (في البدن ، إلا أن للأكثر حكم الكل) هذا كأنه جواب عما يقال إذا كان النص ورد في البدن كان ينبغي أن يقتصر الحكم على البدن فقط . فأجاب بأن لأكثر البدن حكم كله ، لان الاكثر في كثير من المواضع يقوم مقام الكل ، ولا سيما ها هنا (تعظيما للآدمي) في أمر دمه وما سواه على أصل القياس في عدم وجوب القسامة والدية .

(بخلاف الاقل ، لانه ليس ببدن ولا يلحق به ، فلا تجري فيه القسامة . ولأنا لو اعتبرناه) أي الاقل (تتكرر القسامتان والديتان) أى على تقدير أن يوجد الباقي في محلة أخرى (بمقابلة نفس واحدة ولا يتواليان) أى القسامة والدية ، لانه إذا وجب بالأقل وجب بالاكثر إذا وجد ، وكذلك لو وجد بالنصف الآخر فيتكرر القسامتان والديتان مقابلة نفس واحدة ، وذلك لا يجوز .

فإن قيل ينبغي أن تجب القسامة إذا وجد الرأس ، لانه يعبر به عن جميع البدن . أجيب بأن ذلك بطريق المجـــاز ، والمعتبر هوالحقيقة، ولانه لو وجبت بالبدن بطريق الأولى ، فلزم التكرار . وقال الأكمل وقيل كان ينبغي أن يقول بتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لأن غرضه ثبوت القسامة تكرر أو ثبوت الدين تكرر أو عبارة التثنية يستلزم أن يكون أكثر من القسامتين والديتـــين ، انتهى . قلت القائل بهـــذا الأترازي في شرحه . وقيل الأكمل كلامـــه ثم قال وبجوز أن يكون مراده القسامتان

والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي يجري فيه القسامة لا تجب فيه، وإن كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة يجب، والمعنى ما أشرنا إليه، وصلاة الجنازة في هـــذا تنسحب على هذا الأصل، لأنها لا تتكرر. ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة، لأنه لا يفوق الكبير حالاً.

والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفساً

(والأصل فيه) أي في وجوب القسامة والدية. وقال تاج الشريعة أي الأصل في جريان القسامة (أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي يجري فيه القسامة لا تجب فيه الموجود، وإن كان بحال لو وجد الباقي) من البدن (لا تجري فيه القسامة) والدية لا يجريان في الموجود أولاً، وإن كان الموجود أولاً بحال لو وجد الباقي لا يجريان في الباقي يجريان في الموجود أولاً (تجب، والمعنى ما أشرنا إليه) أي المعنى في وجوبها وعدم وجوبها تكرر القسامة، والدية وعدم تكررهما (وصلاة الجنازة في هذا) أي في وجود بعض الميت (تنسحب على هذا الأصل) يعني إذا وجد الاكثر لا يصلى عليـــه، وهذا أشار إلى أنه إذا كان معه الرأس يصلى عليه وإلا فلا، وإنما تنسحب على الأصل المذكور (لأنها) أي لأن صلاة الجنازة (لا تتكرر) كما أن القسامة لا تتكرر.

وفي الفتـــاوى إذا وجد من الميت أقل من النصف وليس فيه الرأس وحده لا يصلي عليه، ولو وجد يصلى عليه، ولو وجد النصف مشقوقاً بنصفين مع كل نصف نصف من الرأس لا يغسل ولا يصلى عليه. ولو وجد الكل إلا الرأس يصلى عليه، فكذا في القسامة اذا وجد الرأس وحده في المحلة لا تجب القسامة، وإذا وجد البدن كله إلا الرأس يجب إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى.

(ولو وجد فيهم) أي في أهل المحلة (جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة، لأنه) أي لأن كل واحد من الجنين والسقط (لا يفوق الكبير حـــالاً)

وإن كان بـه أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم ، لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيـاً . وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم ، لأنه ينفصل ميتاً لا حياً . قـال وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة ، لأنه في يده ، فصار كما إذا كان في داره . وكذا إذا كان قائدها أو راكبها ، فإن اجتمعوا

بتخفيف اللام ، أي من حيث الحال ، يعني إذا وجد الكبير ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا .

(وإن كان به) أي الجنين (أثر الضرب وهو تـام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم) أي أهل المحلة (لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً) فإن قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقـاق ، ولهذا قلنا في عين الصبي ، وذكره ولسانه إذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا . وأجيب بأن الجنين نفس من وجه عضو من وجه فاعتبر جهة النفس ، إذا انفصل حياً ، فيستدل عليه بتمام الخلق ، فكان الظاهر هنا بمنزلة القتل الموجود في المحلة وله أثر الجراحة وإن كان يحتمل أنه مـات حتف أنفه لا بسبب الجراحة ، أما الأعضـاء يسلك مسلك الأموال ولا تعظيم للأموال كتعظيم النفس ، فكان فيها شبه المالية فلم يوجب الدية التي لها خطر إلا عند اليقين (وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم ، لأنه ينفصل ميتاً لا حياً) وفي الميت لا يجب شيء .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة ، لأنه في يده فصار كما إذا كان في داره) ولا فرق بين أن تكون الدابة ملكاً للسابق والقائد أو الراكب ، لأ القتيل في يده ، فكان أخص به من أهل المحلة . ومن المشـايخ من قال هذا إذا لم يكن للدابة مـالك معروف ، والأصح إطلاق الجواب .

(وكذا إذا كان قائدهـا أو راكبها) تكون الدية عليه مطلقاً (فإن اجتمعوا

فعليهم ، لأن القتيل في أيديهم ، فصار كما إذا وجد في دارهم . قال وإن مرت به دابة بين القريتين وعليها قتيل فهو على أقربهما ، لما روي أن النبي عليه السلام أتى بقتيل وجد بين قريتين ، فأمر أن يذرع . وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب إليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وأرحب كتب بأن يقيس بين قريتين فوجد القتيل إلى وادعة أقرب فقضى عليهم بالقسامة .

فعليهم) أي فإن اجتمع السابق والراكب والقائد فالدية عليهم (لأن القتيل في أيديهم ، فصار كما إذا وجد في دارهم) .

(قال) أي قال محمد في الجامع (وإذا مرت دابة بين قريتين) فأمر أن يذرع ، هذا الحديث رواه أبو داود الطيـــالسي وإسحاق بن راهوية والبزار في مسانيدهم والبيهقي رحمه الله في سننه عن أبي إسرائيل الملائي واسمه اسماعيل عن أبي إسحاق عن عطية عن أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه أن قتيلا وجد بين حيين فأمر النبي ﷺ أن يقاس إلى أيها أقرب (وعليها قتيل فهو على أقربهما ، لما روي أن النبي ﷺ أتى بقتيل وجد بين قريتين) وجد أقرب الى أحد الحيين بشبر ، قال الخدري كأني أنظر إلى شبر رسول الله ﷺ فالقى ديته عليهم .

فإن قلت هذا رواه إبن عدي والعقيلي في كفايتها بلفظ فألقى ديته على أقربهما وأعلاه بني إسرائيل ، وضعفه إبن عدي عن قوم . وقال البزار ليس بقوي في الحديث ، وقال النسائي ليس ثقة ، وكان بسبب عثمان ، قلت وثقه إبن معين ، ووثقه أيضاً إبن عدي من قوم آخرين (فأمر أن يذرع) .

(وعن عمر رضي الله عنه أنه لما كتب إليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وأرحب كتب بأن يقيس بين قريتين فوجد القتيل إلى وادعة أقرب ، فقضى عليهم بالقسامة) هذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع حدثنا إسرائيل عن أبي إسحاق عن الحارث ابن الأزمع قال وجد قتيل باليمن بين وادعة وأرحب ، فكتب عامل عمر رضي الله تعالى

قيل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلـــغ أهله الصوت ، لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا . قـــال وإن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه ، لأن الدار في يـــده والدية على عاقلته ، لأن نصرته منهم وقوتـــه منهم . قال ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة ، وهو قول محمد . وقـــال أبو يوسف هو عليهم جميعاً ، لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك

عنه إليه فكتب إليه عمر أن قس ما بين الحيين ، فإلى أيهما كان أقرب فخذهم به . قال فقاسوا فوجدوه أقرب إلى وادعة ، فأخذنا الحديث . قوله وادعة وأرحب بالحاء المهملة حيان من همدان (قيل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت ، لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث ، فتمكنهم النصرة وقد قصروا) في النصرة مع إمكـــانها ، فصار كأنهم قتلوه تقديراً ، فيلزمهم القسامة والدية .

(قال) أي القدوري (وإذا وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه) أي على صـــاحب الدار . وقال مالك لا قسامة ولا غرامة في قتيل وجد في دار قوم . وقال الشافعي رحمه الله يكون تعمداً للوث (لأن الدار في يده والدية على عاقلته ، لأن نصرته منهم وقوته بهم) أي بالعاقلة .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو قول محمد) عند أبي حنيفة ليظهر أماله أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف « رح » . وقال قول محمد مضطرب .

(وقال أبو يوسف هو) أي القسامة ذكر الضمير بالتذكير على تأويل القسم أو الحلف قاله الأترازي ، رأيت في بعض النسخ هي على الأصل فلا يحتـــاج إلى التكلف (عليهم جميعاً) أي على المذكورين في القسامة على السكان والملاك ، وبه قال الشافعي رحمه الله وأحمد وابن أبي ليلى « رح » ، وكان أبو يوسف يقول أولاً كقولهما ، ثم رجع (لأن ولاية

تكون بالسكنى ، ألا ترى أنه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود ، وإن كانوا سكاناً بخيبر . ولهما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان ، لان سكنى الملاك ألزم ، وإقرارهم أدوم ، فكانت ولاية التدبير إليهم ، فيتحقق التقصير منهم . وأما أهل خيبر فالنبي عليه السلام أقرهم على أملاكهم ، فكان يأخذ منهم على وجه الخراج . قال وهي على أهل الخطة دون المشترين ،

التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى ، ألا ترى أنه عليه السلام) أي أن النبي ﷺ (جعل القسامة والدية على اليهود وإن كانوا سكاناً بخيبر) في قصة عبد الله بن سهل لما وجد قتيلاً في خيبر وقد كانوا سكانها ، لأنها كانت للمسلمين ، وكان اليهود عمالهم .

(ولهما) أي لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان ، لأن سكنى الملاك ألزم ، واقرارهم أدوم ، فكانت ولاية التدبير إليهم ، فتحقق التقصير منهم ، وأما أهل خيبر) هذا جواب عما تمسك أبو يوسف بما ذكره تقريره أن يقال (فالنبي ﷺ أقرهم على أملاكهم ، فكان يأخذ منهم) الذي يأخذه (على وجه الخراج) وقد روى الطحاوي بإسناده إلى سليمان بن بلال عن يحي بن سعيد أن خيبر يومئذ كانت صلحاً ، فإذا ثبت ذلك كانت خيبر ملكاً لليهود ، فعلم أن القتيل كان قبل الفتح ، ولئن سلمنا أنه كان بعده فنقول أن اليهود كانت لهم أملاك ، ولهذا عوضهم عمر رضي الله تعالى عنه لما أجلاهم ، كذا قاله القدوري في التمريب .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وهي) أي القسامة والدية ، وفي بعض النسخ وهو قال الكاكي رحمه الله أي المذكور من وجوب القسامة والدية (على أهل الخطة) يريد ما خطه الإمام حين فتح البلد ، والخطة المكان المحيط بناء دار أو غيرها من العمارات ، ومعناه على أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الإمام البلد وقسمها بين الغانمين، فإنه يخط خطة لتمييز أنصباؤهم (دون المشترين) يعني ليس

وهذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف الكل مشتركون، لان الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ، وبهذا الطريق يجعل جانياً مقصراً ، والولاية باعتبار الملك وقد استووا ، فيه . ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف . ولانه أصيل ، والمشتري دخيل وولايـــة التدبير إلى الأصيل. وقيل أبو حنيفة بنى ذلك على شاهد بالكوفة . قال وإن بقي واحد منهم

عليهم (وهذا) أى المذكور (قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف الكل مشتركون لأن الضمـــان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ ، وبهذا الطريق يجعل جانياً مقصراً ، والولاية) أى ولاية الحفظ (باعتبـــار الملك) وفيما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف أسباب الملك كاستحقاق الشفعة ، فإنه مبني على الملك ولا تفاوت فيه بين أهل الخطة والمشترين ، فكذا هنا ، فإذا كان كذلك (وقد استووا) أى أهل الخطة والمشترين (فيه) أى في الملك، لأنهم مالكون جميعـــاً ، ولهذا إذا تحول الملك من أهل الخطة جميعاً ولم يبق واحد منهم كانت القسامة على المشترين .

(ولهما) أى ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف) فإن العرف أن أصحاب الخطة يبدلون بحفظ المحلة وتدبيرها دون المشترين (ولأنه) أى ولأن صـــاحب الخطة (أصيل ، والمشترى دخيل) لأنه بمنزلة التبع (وولاية التدبير إلى الأصيل . وقيل أبو حنيفة بنى ذلك) أى ما ذهب إليه (على ما شـاهد بالكوفة) أى من عادة أهل الكوفة في زمانه ، وهو أن أصحاب الخطة في كل محلة كانوا هم الذين يقومون بتدبير المحلة . وأبو يوسف بنى على عادة بلده أن التدبير إلى الأشراف من أهل الخطة كانوا أولاً ، كذا في التحفة .

(قـــال) أى القدورى رحمـــه الله (وإن بقي واحد منهم) أى من أهل الخطة (فكذلك) الحكم ، وفسر المصنف يرجع الضمير في قول القدورى رحمـــه الله واحد

فكذلك ، يعني من أهل الخطة لما بينا . وإن لم يبق واحد منهم بأن باعوا كلهم فهوعلى المشترين ، لان الولاية انتقلت إليهم أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يزاحمهم . وإذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضوراً ، وإن كانوا غيباً فالقسامة على رب الدار يكرر عليه

منهم بقوله (يعني من أهل الخطة) وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة ، وإلى قوله ولأنه أصيل والمشترين دخيل (وإن لم يبق واحد منهم بأن باعوا كلهم) أى من أهل الخطة (فهو) أى المذكور من القسامة والدية (على المشترين ، لأن الولاية انتقلت إليهم) أى إلى المشترين ، هذا مذهب أبي حنيفة رحمه الله ومحمد من أن المشترين لم يكن لهم ولاية مع وجود واحد من أهل الخطة عندهما فإذا لم يبق أحد منهم بأن باع كلهم انتقلت الولاية إلى المشترين (أو خلصت لهم) هذا على مذهب أبي يوسف رحمه الله ، لأن الولاية كانت لأهل الخطة والمشترين جميعاً ، فاذا لم يبق من أهل الخطة أحد حصلت الولاية للمشترين (لزوال من يتقدمهم) يتعلق بقوله انتقلت إليهم (أو يزاحمهم) يتعلق بقوله حصلت لهم بطريق اللف والنشر .

(وإذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضوراً) وهو جمع حاضر ، لأن عاقلاً إذا كان صفة يجوز جمعه على فعول كفعول في جمع فاعل (وإن كانوا غيباً) بضم الغين وتشديد الياء جمع غائب (فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الأيمان) وقال الأكمل رحمه الله إذا وجد القتيل في دار فالدية على صاحبها باتفاق الروايات . وفي القسامة روايتان ففي أحدهما يجب على صاحب الدار ، وفي الأخرى على عاقلته ، ولهذا يندفع من التدافع بين قوله قبل هذا وإن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه ، وبين قوله هنا فالقسامة على رب الدار ، وعلى قومه يحمل ذلك على رواية ، وهذا على رواية أخرى . وحكي عن الكرخي أنه كان يوفق بينهما ، ويقول الرواية التي يوجبها على صاحبها محمولة على ما إذا كان قومه

الأيمان ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف لا قسامة على العاقلة ، لان رب الدار أخص بـــه من غيره فلا يشاركه غـــيره فيها كأهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم . ولهما أن الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة . قال وإن وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر مـــا بقي فهو على رؤوس الرجال ، لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير ، فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة . قال ومن اشترى داراً ولم يقبضها حتى وجد فيهـــا قتيل فهو على عاقلة

غيباً والرواية التي يوجبهـا على قومه محمولة على ما إذا كانوا حضوراً . كذا في الذخيرة (وهذا) أى الحكم المذكور (عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) .

(وقال أبو يوسف لا قسامة على العاقله ، لأن رب الدار أخص به من غيره) وقال الاترازى رحمه الله وتذكير الضمير في به على تأويل الموضع (فلا يشاركه غيره فيها) أى في القسامة (كأهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم) .

(ولهمـــا) أى ولابي حنيفة ومحمد « رح » (أن الحضور) أى الحاضرين (لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار ، فيشاركونه) أى صاحب الدار (في القسامة) .

(قـــال) أى في الجامع الصغير (فإن وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرهـــا لرجل ولآخر ما بقي فهو) أى العقل (على رؤوس الرجال ، لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير ، فكانوا سواء في الحفظ والتقصير ، فيكون على عدد الرؤوس) أى رؤوس الرجـــال لاعلى عدد الانصباء (بمنزلة الشفعه) يكون على عدد الرؤوس .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى داراً ولم يقبضها حتى وجد فيها

البائع ، وإن كان في البيع خيار لأحدهما فهو على قاقلة الذي في يده وهذا عند أبي حنيفة . وقالا إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري ، وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له ، لأنه إنما أنزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ ، ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ، ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع ، والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات ، وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة

قتيل فهو) أي المذكور وهو الدية (على عاقلة البائع ، وإن كان في البيع خيار لاحدهما) أي للبائع والمشترى (فهو على عاقلة الذى هي) أي الدار (في يده ، وهذا) أي الحكم المذكور (عند أبي حنيفة) .

(وقالا إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشترى ، وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذى تصير له ، لانه) أي لانه الذى يصير له الدار (إنما أنزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ ، ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية) أي ولاية الحفظ (تستفاد بالملك ، ولهذا) أي ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك (كانت الدية) في هذا الموضع (على عاقلة صاحب الدار دون المودع) لعدم ملكه ، وكذلك المستعير والمستأجر والغاصب والمرتهن حيث امتنع وجوب الدية على هؤلاء لهذا المعنى (والملك للمشترى قبل القبض في البيع البات ، وفي المشروط فيه الخيار يعتبر فيه قرار الملك) إن كان الصادر من ذلك الملك عليه بخلاف ما لو جنى العبد في البات قبل القبض حيث يخير المشترى بين رد البيع وامضائه ، وهنا لا يخير . لان الدار لم تصر مستحقه بوجود القتيل فيها ، بخلاف العبد ، لانه يصير مستحقاً بالجناية والاستحقاق من أفحش العيوب (كما في صدقة الفطر) حيث يجب على من يحصل الملك فيه .

(وله) أي ولابي حنيفة (أن القدرة على الحفظ) تكون (باليد لا بالملك) غير أن

الفطر . وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك . ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد ، وفي البات اليد للبائع قبل القبض . وكذا فيما فيـــه الخيار لأحدهما قبل القبض ، لأنه دون البات . ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس بـــه تصرفاً . ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب ، فتعتبر يده ، إذ بها يقدر على الحفظ . قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده ، لأنه لا بد من الملك

الملك سبب اليد ، فإذا وجد الملك لاحدهما واليد للآخر كان اعتبار اليد أولى ، ثم أوضح ذلك بقوله (ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد بدون الملك) كالمودع (ولايقتدر بالملك بدون اليد) في المضمون ، لان الملك باق فيه لا قدرة عليه (وفي البات) بتشديد التاء ، أى البيع البات (اليد للبائع قبل القبض ، وكذا) أى وكذا الخيار للبائع (فيما فيه الخيـــار لاحدهما قبل القبض ، لانه دون البـــات) أى لان فيما فيه الخيار دون البيـــع البات .

(ولو كان المبيع في يد المشترى والخيار له فهو أخص الناس به تصرفاً) أى من حيث التصرف (ولو كان الخيـــار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة) احترز به عن يد المودع فالقسامة على المشترى أيضاً ، لانه باليد يقوى الحفظ والتدبير (كالمغصوب) فإنه مضمون بالقيمة (فتعتبر يده) أى يد المشترى ، فتكون الدية على عاقلة المشترى الذى في يده الدار ، لان القدرة على الحفظ باليد (إذ بها يقدر على الحفظ) أى باليد والتذكير على اعتبار العضو . وفي بعض النسخ إذ بها فلا حاجة إلى التأويل .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها) أى أن الدار ملك (للذى في يده ، لانه لا بد من الملك

لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليـــد ، وإن كانت دليلا على الملك لكنها محتملة ، فلا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من إقامة البينة . قـــال وإن وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين ، لانها في أيديهم ، واللفظ يشتمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان .

لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه ، واليد وإن كانت دليلاً على الملك ولكنها محتملة) بأن تكون يده على الطريق العارية أو الإجارة ونحوها . وإن كان كذلك (فلا تكفي لإيجـــاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به) أى بالملك (في الدار المشفوعة) لما عرف (فلا بد من إقامة البينة) على الملك . وقال فخر الإسلام البزدوى في شرحـــه يريد به إذا أنكرت العواقل أن تكون الدار له وقالوا هي وديعة في يدك فالقول قولهم إلا أن يقيم بينة على الملك لما عرف أن الظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق وقد احتجنا إلى الاستحقاق ها هنا ، فوجب إثباته بالبينة كمن طلب شفعة بالجوار في دار بيعت فأنكر المشترى الدار التى في يد المدعي ملكاً له فإنه لا يستحق الشفعة بيده عليها حتى يقيم البينة على الملك ، فكذلك ها هنا .

(قـــال) أى القدورى رحمه الله (وإن وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيهـــا من الركاب والملاحين ، لانها) أى لان السفينة (في أيديهم واللفظ) أى لفظ القدورى ، وهو قوله على من فيها (يشتمل بعمومه أربابها حتى تجب على الارباب الذين كانوا فيها وعلى السكان) وقال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله قال بعض المشايخ إنما يجب على الركاب إذا لم يكن للسفينة مالك معروف ، فإذا كان لها مالك معروف فان القسامة تجب على مالك السفينة وبينهم من يقول يجب في الحالين على الذين كانت السفينة في أيديهم ، ومثل هذا التفصيل مر في الدابة .

وكذا على من يمدها المالك في ذلك وغير المالك سواء ، وكذا العجلة . وهذا على ما روي عن أبي يوسف ظاهر ، والفرق لهما أن السفينة تنقل وتتحول فيعتبر فيهـــا اليد دون الملك كما في الدابة . بخلاف المحلة والدار ، لأنها لا تنقل . قال وإن وجد في مسجد محلة فالقسامة على أهلها ، لأن التدبير فيـــه إليهم . وإن وجد في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم فلا قسامة فيه

(وكذا على من يمدهـــا) أي السفينة (المالك في ذلك وغير المالك سواء) يعني مالك السفينة في وجوب القسامة على من فيها وغير مالكها سواء (وكذلك العجلة) أي وكذلك الحكم في العجلة إذا وجد فيها قتيل يجب القسامة والدية على من فيها من مالك العجلة وغيرها (وهذا) أي كون المالك وغيرهم سواء في القسامة (على ما روى عن أبي يوسف ظاهر) لانه يجعل السكان والملاك في القتيل الموجود في المحلة سواء .

(والفرق لهمـــا) أي لابى حنيفة ومحمد رحمهما الله (أن السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك ، كما فى الدابة) تعنى كما فى القتيل الموجود على الدابة تعتبر اليد دون الملك ، لانها تنقل وتحول .

(بخلاف المحلة والدار ، لانها لا تنقل) وفى الذخيرة المعتبر فى هذا الباب التصرف والرأى والتدبير ، وكل ذلك يعرض إلى صاحب الخطة فى الدار ، لان يده غير منقطع عنهـــا ، ولهذا لا يتحقق الغصب فيها ، بخلاف الدابة والسفينة ، فان الرأى والتدبير إلى الكل .

(قـــال) أى القدورى (وإن وجد) أى القتيل (فى مسجد محلة فالقسامة على أهلها ، لان التدبير فيه) أى فى المسجد (إليهم) أى إلى أهل المسجد (وان وجد فى المسجد الجـــامع والشارع الاعظم) وفى المغرب الشارع هو الطريق الذى يشرع فيه الناس عامة على الإسناد المجازى ، أى من قولهم شرع الطريق إذا تبين (فلا قسامة فيه) لان القسامة عرف وجوبها بالنص ، والنص أوجبها فى موضع خاص لا قوام معروفين

والدية على بيت المال . لانه للعامة لا يختص به واحد منهم . وكذا الجسور للعامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين . ولو وجد في السوق إن كان مملوكاً فعند أبي يوسف تجب على السكان ، وعندهما على المالك وإن لم يكن مملوكاً كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلي بيت المال ، لانه لجماعة المسلمين . ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال ، وعلى قول أبي يوسف الدية والقسامة على أهل السجن ، لانهم سكان وولاية التدبير إليهم ، والظاهر أن القتل حصل منهم ، وهما يقولان

(والدية على بيت المـال ، لانه) أى لان بيت المال (للعامة لا يختص به واحد منهم) فانه روى عن عمر رضى الله تعالى عنه فيمن قتل بزحام الناس بعرفة فجاء أهله إلى عمر فقال بينتكم على من قتل ، قال علي رضى الله تعالى عنه يا أمير المؤمنين لا يبطل دم امرء مسلم إن علمت قاتله وإلا فاعط ديته من بيت المال ، وكذا إذا وجد فى زحام مسجد الجامع يوم الجمعة ، وهو قول أحمد رحمه الله . وقال مالك دمه هدر ومثله عن عمر بن عبد العزيز رضى الله تعالى عنه ، وعند الشافعى الزحام لوث . وفى الذخيرة لو وجد فى مسجد جماعة فى السوق وهو لعامة المسلمين لا لاهل هذه السوق فهو كمسجد الجامع .

(وكذا الجسور للعامة) يعنى إذا وجد القتيل فيها يكون الدية على بيت المال ولا قسـامة فيه ، كما إذا وجد فى الشارع الاعظم (ومال بيت المال مال عامة المسلمين) فالكل مشتركون فيها فلعنة الله تعالى على الذين استولوا عليه وحرموا مستحقيه .

(ولو وجد) أى القتيل (فى السوق إن كان) أي السوق (مملوكاً فعند أبى يوسف يجب على السكان) سواء كانوا ملاكاً أولا (وعندهما) تجب (على المالك ، وإن لم يكن مملوكاً كالشوارع العامة التى بنيت) أي السوق (فيها فعلى بيت المال ، لانه لجماعة المسلمين . ولو وجد فى السجن فالدية على بيت المال ، وعلى قول أبى يوسف الدية والقسـامة على أهل السجن ، لانهم سكان ، وولاية التدبير إليهم . والظاهر أن القتل حصل منهم) قالت الائمة الثلاثة إذا كان هناك لوث .

أن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم مـــا يجب لأجل النصرة ، ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين ، فإذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع عليهم . قالوا هذه فريعة المالك والساكن ، وهي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف . قال وإن وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر ، وتفسير القرب مـــا ذكرنا من استماع الصوت ، لانه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحـــد بالتقصير ، وهذا إذا لم تكن مملوكة لاحد ،

(وهما) أي أبى حنيفة ومحمد (يقولان إن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم مايجب لاجل النصرة) أي لاجل ترك النصرة (ولانه) أي ولان السجن (بنى لاستيفاء حقوق المسلمين ، فاذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع عليهم ، قالوا) أي المشـــايخ (وهذه) أي وهذه المسألة (فريعة المالك والساكن) يعنى وأصلها فى اعتبار الساكن دون المالك ، فكأنهما جعلا عامة المسلمين كالملاك وأهل السجن بمنزلة السكان ، كذا فى شرح الإرشاد .

(وهى) أي هذه القرينة (مختلف فيها بين أبى حنيفة وأبى يوسف « رح ») وذكر الكرخى قول محمد مع أبى حنيفة « رح » ، وكذا ذكر القدورى فى كتاب التقريب فقال .قال أبو حنيفة ومحمد « رح » إذا وجد القتيل فى السجن فالدية على بيت المال . وقال أبو يوسف على السجن .

(قال) أي القدوري (وإن وجد) أي القتيل (فيبرية ليس بقربها عمارة فهو هدر) وبه قالت الأئمة الثلاثة إذا لم يكن لوث (وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت) يعني الاعتبار في القرب أن يكون بحيث يسمع منه الصوت، لأن الصوت إذا سمع منه ، والغوث يلحق تلك البقعة من العمارة في الغالب،فيتعلق بها الحكم، لأنه ينسب حينئذ أهل العـــمارة إلى التقصير ، وإن لم يبلغ الصوت لا بالغوث فلا يجب شيء ، وهو معنى قوله (لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره ، فلا يوصف أحد بالتقصير) فلا يجب

أما إذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته . وإن وجد بين قريتين كان على أقربهما ، وقد بيناه وإن وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر ، لانه ليس في يد أحد ولا في ملكه . وإن كان محتبساً بالشاطىء فهو على أقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم ، لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه. ألا ترى أنهم يستقون منه المـــاء ويوردون بهائمهم فيهــــا . بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة

شيء (وهذا إذا لم يكن) أي الحكم المذكور ، وإذا لم تكن البرية (مملوكة لأحد ، فإن كانت مملوكة لأحد فالدية والقسامة) يجبان (على عاقلته) أي على عاقلة المالك .

(وإن وجد بين قريتين كان على أقربهما) أي أقرب القريتين (وقد بيناه) أشار به إلى ما ذكر عند قوله وان مرت دابة بين قريتين وعليهاقتيل،ولكن هذامحمول على ما إذا كان يبلغ الصوت إليه .

(وإن وجد) أي القتيل (في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر) ذكر الفرات ليس للتحصيل، بل المراد به النهر العظيم يجري فيه الماء . وفي مبسوط شيخ الإسلام والذخيرة هذا إذا كان منبع الماء في يد الكفار سواء كان يجري في وسطه أو شطه . وأما إذا كان في يد المسلمين فاعتبرنا موضع انبعاث الماء وموضع ظهور القتيل (لأنه) أي لأن الفرات (ليس في يد أحد ولا في ملكه ، وإن كان محتبساً بالشاطىء فهو على أقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم) أراد به قوله هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت (لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه) أي من الشط ، ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنهم يستقون منه المـــاء ويوردون دوابهم فيهـــا . بخـــلاف النهر الذي يستحق به الشفعة) يعني إذا وجد القتيل في النهر الصغير يجب فيه القسامة والدية على عاقلة أرباب النهر ولا يكون هدراً

لاختصاص أهلها بــه لقيام يدهم عليـه ، فتكون القسامـة والديـة عليهم . قال وإن ادعى الولي على واحـد من أهل المحلة بعينـه لم تسقط القسامة عنهم ، وقـد ذكرناه . وذكرنا فيــه القياس والاستحسان . قـــال وإن ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم ، ووجه الفرق قد بيناه من قبل وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر ، لأنه منهم ،

لنسبة التقصير إليهم ، لأنه في أيديهم (لاختصـــاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم) .

(قـــال) أي القدوري (وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم ، وقد ذكرناه) أي في مسألة ولو ادعى على البعض (وذكرنا فيه) أي في المذكور (القياس والاستحسان) سقوط القسامة وهو القياس وهو رواية ابن المبارك عن أبي حنيفة « رح » ، وروى عن محمد « رح » وفي الاستحسان لاتسقط وهو رواية الأصل وقد مر تمام الكلام عند قوله هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحله ، وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم .

(وقال وإذا ادعى على واحد من غيرهم) أي من غير أهل المحلة بعينه (سقط) أي سقط كل واحد من القسامة والدية (عنهم) أى عن أهل المحلة ويحلف المدعي عليه يميناً واحدة . وقالت الثلاثة إن كان هناك لوث تكرار اليمين عليه ، وقد بيناه من قبل يريد به قوله هذا الذى ذكرناه إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة (ووجه الفرق قد بيناه من قبل) أى بين المسألتين (وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر) أى ابتداء القسامة ، لأن الشرع أوجب القسامة على أهل المحلة (لأنه) أى لأن الواحد الذى عينه (منهم) .

بخلاف ما إذا عين من غيرهم ، لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم ، وهو أنهم يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديراً حيث لم يأخذوا على يد الظالم ، لأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي ، فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه . قال وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة ، لأن القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم ، إلا أن يدعي الأولياء على أولئك ، أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء ، لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة .

(بخلاف ما إذا عين من غيرهم) أي من غير أهل المحلة (لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم ، وهو أنهم يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديراً حيث لم يأخذوا على يد الظالم ، ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي . فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم) فلا تسمع بعد ذلك دعواه للتناقض (وسقط) أي الدعوى (لفقد شرطه) أي شرط الدعوى ، لأنه ادعى على غير أهل المحلة ، فقد أبرأهم عن ذلك فلا تسمع بعد ذلك دعواه واعلم أن قوله وللفرق إلى قوله قال وإذا التقى قوم بالسيوف لا يوجد في كثير من النسخ ، ولهذا لم يشرحه أكثر الشراح .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا) بالجيم أي انكشفوا (عن قتيل فهو على أهل المحلة ، لأن القتيل بين أظهرهم) أي بينهم ، لفظ الأظهر مقحم للتأكيد (والحفظ عليهم ، إلا أن يدعي الأولياء على أولئك ، أو على واحد منهم بعينه ، فلم يكن على أهل المحلة شيء لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة) .

قال ولا على أولئك حتى يقيموا البينة ،لأن بمجرد الدعوى لايثبت الحق للحديث الذي رويناه اما يسقط به الحق عن أهل المحلة ، لأن قوله حجة على نفسه . ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا بفلاة من الأرض لا ملك لأحد فيها ، فإن وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة ، وإن كان خارجاً من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية اعتباراً لليد عند انعدام الملك .

(قال) أى محمد (ولا على أولئك) أى أولئك القوم المتقاتلين أى لم تكن القسامة على أهل المحلة ، ولا على المتقاتلين (حتى يقيموا البينة ، لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذى رويناه) أى في أول باب القسامة ، وهو قوله ﷺ لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكره ولا يقال الظاهر أنهم قتلوه ، لأن الظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق (أما يسقط به الحق عن أهل المحلة ، لان قوله حجة على نفسه ، ولو وجد قتيل في معسكر) بفتح الكاف موضع العسكر ، يقال عسكر الرجل أى جعل عسكراً ، وهو معسكر بكسر الكاف والموضع معسكر ، وفي ديوان الادب يقال عسكر يعسكر عسكرة إذا هيأ العسكر ، والعسكر هو الجند ، قاله الاترازى وكان من حق الكلام أن يقال في عسكر (أقاموا بفلاة من الارض) أى نزلوا وسكنوا بها ، لان المعسكر بفتح الكاف منزل العسكر ، إلا أن يقال أراد به العسكر المهيأ (لا ملك لاحد فيها) .

(فإن وجد في خباء) وهي الخيمة من الصوف (أو فسطاط) وهي الخيمة العظيمة ، وعن ابن الكلبى بيوت العرب ستة قبة من أدم ، ومظلة من شعر ، وخباء من صوف ، وبجاد من وبر ، وخيمة من شجر ، وفيه وافية من حجر (فعلى من سكنها الدية والقسامة) أى على عاقلتهم .

(وإن كان) أى القتيل (خارجاً من الفسطاط فعلى أقرب الاخبية منه) القسامة والدية (اعتباراً لليد عند انعدام الملك) وقـال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في

وإن كان القوم لقوا قتالاً ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية ، لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدراً ، وإن لم يلقوا عدواً

شرح الكافي ، وإذا وجد القتيل في العسكر والعسكر في أرض فلاة فهو على القبيلة الذين وجد في رحالهم ، لانهم إذا نزلوا في فلاة صار كل قبيلة كمحلة على حدة ، فيكون صيانة ذلك الموضع عليهم ، هذا إذا نزلوا قبيلة قبيلة ، أما إذا نزلوا مختلطين تجب على أقرب أهل الاخبية على من في الخباء جميعاً ، لانه يصير كدور متفرقه ليس في موضع قوم مجتمعين ، وإن كان العسكر في ملك رجل فعلى عاقلة رب الارض القسامة والدية ، لان صاحب الملك أقدر على الصيانة بمنزلة دار مملوك لرجل وفيها ساكن ، وإن كان العسكر في فلاة من الارض فوجد قتيل في فسطاط رجل فعليه القسامة تكرر عليه الايمان ، وعلى عاقلته الدية ، لانه بمنزلة دار وجد فيها قتيل في المحلة ،فإن القسامة تجب على صاحب الدار ، والدية على عاقلته ، لان أمر الصيانة إليه ، فكذا هنا .

(وان كان القوم لقوا قتالاً) قال الكاكى انتصاب قتالاً على المفعولية أى لقي المسلمون مع المشركين قتالاً ، ويحتمل أن يكون على الحال ، أى مقاتلين ، وقال الاكمل قتالاً يجوز أن يكون حالاً ، أى مقاتلين ، ويجوز أن يكون مفعولاً مطلقاً ، لان لقوا في معنى المقاتلة ، لانهم لقوا له ، أى للقتال ، وقال الاترازي رحمه الله ما ملخصه أنه فيه وجوه أن يكون مفعولاً به ، وأن يكون حالاً والمفعول به محذوف وأن يقع قتالاً بمعنى مقاتلين مفعولاً به أيضاً صفة لمحذوف،فإنه مقامه،أي لقوا عدواً مقاتلين مفعولاً به أيضاً تقاتلوا مقاتلة ، وأن يكون تمييزاً ، أي لقوا العدو من حيث المقاتلة ، لأن في لقائهم أنهاما يجوز أن يكون ذلك بسبيل الصلح أو بسبيل العداوة والمقاتلة ، وأن يقع مفعولاً له ، انتهى . قلت الأقرب من هذه الوجوه أن يكون مفعولاً به أو حالاً ، والتمييز بعيد فليتأمل .

(ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية ، لأن الظاهر أن العدو قتله ، فكان هدراً) لا شيء فيه (وإن لم يلقوا عدواً فعلى ما بيناه) أشار به إلى قوله أن القتيل إذا

فعلى ما بيناه . وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة ، خلافاً لأبي يوسف ، وقد ذكرناه .

قال وإذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله مـــا قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان ، لأنه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل ، فيحلف على ما ذكرنا ، لأنه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين ، فبقي حكم من سواه ، فيحلف عليه .

قال وإذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل

وجد في العسكر بفلاة ، فإن وجد في الخباء فهو على ساكنه ، وإن وجد خارج الخباء فعلى أقرب الأخبية .

(وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان ، فيجب على المالك عند أبي حنيفة ، خلافاً لأبي يوسف ، وقد ذكرناه) أشار به إلى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند أبي حنيفة « رح » ،وهو قول محمد « رح » . وقال أبو يوسف« رح » أجمعوا عليهم جميعاً .

(قال) أي القدوري (وإذا قال المستحلف) بفتح اللام (قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلاً غير فلان ، لأنه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرناه) على أنه ما قتله ولا أعرف له قاتلاً غير فلان (لأنه لما أقر بالقتل على واحد صـــار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه) حاصله أن لا لا يسقط عنه اليمين بقوله قتله فلان ، لأن هذا لا يبقى أن يكون للمقر شريك معـــه في القتل ، أو يكون غير شريك معـــه ، فإن كان كذلك يحلف على أنه ما قتله ولا أعرف قاتلاً غيره .

(قال) أي القدوري (وإذا شهد اثنان من أهل المحلة) يعني إذا ادعى الولي (على رجل من غيرهم) أي من غير أهل المحلة وشهد اثنـــان من أهل المحلة (انه قتل لم تقبل

لم تقبل شهادتها ، وهذا عنـــد أبي حنيفة . وقالا تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة ، وله أنهم خصماء بإنزالهم قـــاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم . وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج من الوصاية بعدما قبلها ثم شهد . قال رضي الله عنه وعلى هذين الأصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس .

شهادتها ، وهذا عند أبي حنيفة . وقالا تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يكونوا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم ، فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة) أي كشهادة الوكيل (إذا عزل قبل الخصومة) عن الوكالة فشهد موكله ، فإن شهادته تقبل وهو قياس الأئمة الثلاثة .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم) فإذا كان كذلك (فلا تقبل شهـــادتهم ، وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج من الوصاية) بأن بلغ الغلام أو عزله القاضي (بعد ما قبلها) أي كالوصية (ثم شهد) فلا تقبل شهادته .

(قال وعلى الأصلين هذين) المجمع عليهما أحدهما أن من انتصب خصماً في حادثة لا تقبل شهادته في تلك الحادثة أبداً بالإجماع ، والثاني أن من له العرضية أن يصير خصماً ثم بطلت العرضية فشهد فتقبل بالإجماع (يتخرج كثير من المســـائل من هذا الجنس) منها الشفيعان إذا شهدا بالشراء على المشتري وهما لا يطلبان الشفعة تقبل شهادتهما ، هذا على الأصل الثاني . ومنها أن الوارثان شهدا بالدين على الميت ولد وارث آخر لم يطلب الميراث قبلت الشهادة ، لأن الوارث مع الدين لا يصير خصماً والدين مقدم ، ولكن بعرضية أن يصير خصماً ، ومن المسائل التي على الأصل الأول مسألة الوكيل ، وقد مرت .

قـــال ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة ، لان الخصومة قائمة مـــع الكل على مـا بينـــاه ، والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهماً . وعن أبي يوسف أن الشهود يحلفـون بالله مـا قتلنـاه ولا يزدادون على ذلك ، لانهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل . قـــال ومن جرح في قبيلة فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة ، فإن كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة ، وهذا قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف لا قسامة ولا دية ، لان الذي حصل في القبيلة أو المحلة

(ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلهـــا عليه لم تقبل الشهادة ، لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه) إشارة إلى ما ذكر في مسألة ، وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة في بيان الفرق (والشاهد يقطعها) أي يقطع الخصومة (عن نفسه فكان متهما) فلا تقبل شهادته .

(وعن أبي يوسف أن الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون) ولفظ زاد يجيء لازماً ومتعدياً ، يقال زاد الشيء يزيد ، أي إزدادوا ، فعلى هذا قوله ولا يزدادون غير مستقيم وينبغي أن يقول ولا يزيدون (على ذلك) أي على قولهم ما قتلنـــاه (لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل) وعن محمد يحلفون ولا عينا له قاتل غير الذي شهدنا عليه .

(ومن جرح في قبيلة) ولم يعلم الجارح ، لأنه لو علم سقطت القسامة ، بل فيه القصاص على الجارح إن كان عمداً ، والدية على العاقلة إذا كان خطأ (فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة ، فان كان صاحب فراش حتى مات) يعني إذا صار صاحب فراش حين جرح في تلك القبيلة ثم نقل إلى أهله فمات قيد به ، لأنه لو كان صحيحا يجيء ويذهب حين جرح ثم مات في أهله فلا شيء فيه كذا في المبسوط (فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله) .

(وقال أبو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة ، لأن الذي حصل في القبيلة أو المحلة ما

ما دون النفس ولا قسامة فيه ، فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش . وله أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلاً ، ولهذا وجب القصاص فإن كان صاحب فراش أضيف إليـــه ، وإن لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجراح فلا يلزم بالشك ، ولو أن رجلا معه جريح به رمق حمله إنسان إلى أهله فمكث يوماً أو يومين ثم مـــات لم يضمن الذي حمله إلى أهله في قول أبي يوسف ، وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن ، لان يـده بمنزلة المحلة فوجوده جريحاً في يده كوجوده فيها ، وقـــد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسألة القبيلة .

دون النفس ولا قســامة فيه ، فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش) وبه قال ابن أبي ليلى .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلاً ، ولهذا وجب القصاص ، فإن كان صاحب فراش) ومات بعده (أضيف إليه ، وإن لم يكن) صاحب فراش (احتمـــل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك) وعلى هذا الخلاف مسألة الجريح إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته فمات بعد يوم أو يومين ، فإن كان صاحب فراش حتى مات فالدية والقسامة على الذي حمله عند أبي حنيفة « رح » وعندهما لم يضمن .

(ولو أن رجلاً معه جرح به رمق) أي الرمق بقية الروح (حمله إنسان إلى أهله فمكث يوماً أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله إلى أهله في قول أبي يوسف) وهو قياس ابن أبي ليلى (وفي قياس قول أبي حنيفة « رح » يضمن ، لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحاً في يده كوجوده فيها) أي في المحلة (وقد ذكرنا وجهي القولين) أي قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف « رح » (فيما قبله من مسألة القبيلة) وهو الذي ذكر هذا بقوله

ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه ، لان الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدراً . وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ، ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم .

ومن جرح في قبيلة (ولو وجد الرجل قتيلاً في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة) وهذا قياس قول أحمد والأوزاعي ، فإن عندهما لو قتل نفس خطأ يجب ديته على عاقلته خلافاً لباقي العلماء .

(وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه) يعني يهدر دمه ، وبه قال الشافعي ومالك (لأن الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدراً) يعني لا شيء فيه .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ، ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك) أي قبل ظهور القتل (وحال ظهور القتل الدار الورثة فتجب على عاقلتهم) أي عاقلة الورثة . قال الأكمل قال المصنف فديته على عاقلته . قال المصنف قال في دليله وحال ظهور القتل الدية للورثة فيجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر مخالفة بين الدليل والمدلول ، ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت إما أن يكون عاقلة الورثة أو غيرهم ، فإن كان الأول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة ولا تنافي بينهما . وإن كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ، ولما كان كل منهما ممكناً ، أشار إلى الأول في حكم المسألة وإلى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني تعذر في قوله فالدية على عاقلته يضاف أي على عاقلة ورثته .

وقال الاترازى فإن قلت كيف يستقيم أن ينعقل عاقلة الورثة الورثة ، وليس بمعقول أن يعقلوا عن أنفسهم لأنفسهم . قلت العاقلة أعم من غير أن يكون ورثة أو غير

بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيهدر دمه .

ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم ، وهذا لأن عاقلة الرجل أهل ديوانه عندنا ، وعند الشافعي أقرباؤه .

(بخلاف المكاتب) لما استشعر المصنف ورد مسألة المكاتب (إذا وجد قتيلا في دار نفسه) كالنقص على ما ذكر ، أشار إلى الجواب بقوله بخلاف المكاتب حيث يهدر دمه إذا وجد قتيلا في دار نفسه (لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه ، فيصير كأنه قتل نفسه فيهدر دمه) لان الكتابة لا تنفسخ إذا مات وله مال ، بل يقضي ما عليه منه ، فاذا كانت الدار له حين ظهور قتله جعل قاتلا نفسه تقديراً لقيام ملكه والحر حال ظهور قتله انتقل منه ملكه إلى ورثته فلم يجعل قاتلا نفسه تقديراً لزوال ملكه .

وقال الكرخي في مختصره إذا وجد في دار المكاتب قتيل فهو عليه يسعى في الاقل من قيمته ومن الدية . وكذلك لو وجد مولاه في دار المكاتب قتيلا كان عليه الاقل من ديته والقيمة . ولو وجد المكاتب قتيلا في دار مولاه فعلى مولاه قيمته في ثلاث سنين ولا تحمله العاقلة . وقال القدوري في كتاب التقريب قال أبو يوسف إذا وجد المكاتب قتيلا في دار سيده فعلى السيد القيمة في ماله ، وإن لم يترك وفاء ولا دين عليه فهو هدر ، وإن كان عليه دين ولم يدع وفاء فعلى السيد الاقل من القيمة والدين لغرمائه .

وقال زفر دمه هدر ترك وفاء أو لم يترك . وقال الكرخي في مختصره وإذا وجد في دار عبد مأذون له في التجارة وعليه دين أو لا دين عليه أو غير مأذون له وجد في داره قتيل فعلى عاقلة مولاه قتيلا ، فإن كان عليه دين فان على الولي قيمته لغرمائه في ماله حالا ، وكذلك لو قتله عمداً فعليه قيمته حالاً . وكذلك لو كان العبد جنى جناية ثم وجد قتيلا في دار مولاه فعلى المولى قيمته حالاً ، وكذلك لو قتله المولى خطـــأ وهو لا يعلم بالجناية ، فإن كان يعلم فعليه الدية .

وقال محمد إذا وجد أبو الرجل أو أخوه قتيلا في داره فان عاقلته تعقل دية أبيه ودية أخيه ، وإن كان هو وارثه ، لأن الدية لم تجب له ، وإنما وجب كغيره . وقال بشر

ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحاً . قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية . وقال محمد لا يضمنه ، لأنه يحتمل أنه قتل نفسه ويحتمل أنه قتله الآخر ، فلا يضمنه بالشك ، ولأبي يوسف أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطاً كما إذا وجد قتيل في محلة . ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها في النسب . وقال أبو يوسف القسامة على العاقلة أيضاً ، لان القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة ، والمرأة ليست من أهلها فأشبهت الصبي . ولهما أن القسامة لنفي التهمة، وتهمة القتل من

عن أبي يوسف في العبد الرهن يوجد في دار الراهن أو المرتهن قتيلا فالدية على رب الدار دون العاقلة . قال الاسبيجابي فى شرح الكافي وإذا وجد العبد أو المكاتب أو المدبر أو ام الولد قتيلا في محلة وجبت القسامة والقيمة في ثلاث سنين .

(ولو أن رجلين كانا فى بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحاً . قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية . وقال محمد لا يضمنه ، لانه يحتمل أنه قتل نفسه ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك . ولأبي يوسف أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه ، فكان التوهم ساقطاً) يعني وقوع القتل من نفسه وهم لا يلتفت إليه (كما إذا وجد قتيل في محلة) حيث يكون توهم قتل نفسه ساقطاً ، فكذا هذا .

(ولو وجد قتيل فى قرية لإمرأة فعند أبي حنيفة ومحمد « رح » القسامة عليها تكرر عليها الأيمان والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها في النسب . وقال أبو يوسف القسامة على العاقلة أيضاً ، لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة والمرأة ليست من أهلها ، فأشبهت الصبي) حيث لا يكون من أهل الصيانة ، وإنما القسامة مخاطب بها على أهل الصيانة فالمرأة والصبي سواء .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد «رح» (أن القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل فى المرأة

المرأة متحققة . قال المتأخرون أن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة ، لانا أنزلناها قاتلة ، والقاتل يشارك العاقلة . ولو وجد رجل قتيلا في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها ، قال هو على صاحب الارض ، لانه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية

متحققة) لأن فى حق العاقلة ، لأنهم لم يكونوا في القرية فيلزمها القسامة .

(قال المتأخرون) أى من المشايخ لأصحابنا (أن المرأة تدخل مع العاقلة فى التحمل فى هذه المسألة) قيـــد بقوله فى هذه المسألة لأنها لا تدخل فى غير هذه المسأله على ما يجيء فى العاقلة (لأنا أنزلناها قاتلة ، والقاتل يشارك العاقلة) إنما أنزلوها قاتلة تقديراً حيث دخلت فى القسامة ، فكما دخلت فى العقد أيضـــاً ، بخلاف غيرها من الصور ، فإنها لا تدخل فيه فى القسامة ، بل يجب على الرجال فلا تدخل فى العقل أيضا .

(ولو وجد رجل قتيلا في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الارض من أهلهـا) أى من أهل القرية (قال هو على صاحب الارض) أى وجوب القسامة والدية على صاحب الارض (لانه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية) لان الحفظ والتدبير في الارض إلى صاحب الارض لا إلى أهل القرية . وقال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في شـرح الكافي القرية إذا كانت لرجل من أهل الذمة فانه يكرر عليه الايمان ، لانه من أهـل القسامة ، والقرية فى صيانة ، فيكون موجب التقصير عليه ، وعليه الدية ، لانه لا عاقلة له ، حتى لو كانت له عاقلة يجب عليهم . ولو كان الذمي نازلا في قبيلة من القبائل فوجد فيها قتيل لم يدخل الذمي في القسامة ولا في الغرم ، لانه تابـــع لأهل القرية ، وكذلك السكان والنوازل فيها من غيرهم ، لانهم أتباع .

وقال شيـخ الإســلام أيضاً ولو وجد القتيل في قرية اليتامى وهم صغار ليس في تلك القرية من عشيرتهم أحـد ، فالقسامة والدية على عاقلة اليتامى ، لانهم ليسوا من أهـــل الصيانة فيلزم ذلك على عاقلتهم ، وعاقلتهم أقرب القبائل إليهم إذا لم يكن في ذلك البلد عشيرتهم ، وإن كان فيهم مدرك فعلى القسامة وتكرار اليمين ، لانه من أهل ذلك ، وعلى أقرب القبائل منهم الدية في الوجهين إذا لم يكن في تلك البلد عشيرتهم ، والله أعلم .

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية ، وتسمى الدية عقلا ، لانها تعقل الدماء من أن تسفك ، أي تمسك .

(كتاب المعاقل)

أي هذا كتاب في بيان أحكام المعاقل .

(المعاقل جمع معقلة) بفتح الميم وضم القاف كالمكارم جمع مكرمة بضم الراء (وهي الدية) أي المعقلة هي الدية في الإصطلاح . وأما في اللغة فمعنى العقل المنع (وتسمى الدية عقلا ، لانها تعقل الدماء من أن تسفك أي تمسك) وقيل إنما سميت الدية عقلا ومعقلة باعتبار أن أهل الديات كانت تعقل بفناء دار المقتول ، ثم عم هذا الإسم فسميت الدية معقلة . وإن كانت دراهم أو دنانير أو البقر أو الغنم أو الجبل وغيرها على الخلاف الذي يأتي . ومعاقل الجبال المواضع المنيعة فيها العقل من الجبل ، حيث يمتنع منه . ويقال عقل الدواء بطنه يعقله عقلا إذا أمسكه ، وعقل الوعد في الجبل إذا علا فيه وامتنع يعقل عقولاً ، وسميت آلة الإدراك عقلا لهذا المعنى أيضا ، لانه يمنع من السفه والهوى والمعنى الجامع اللغوي المنع .

وفي مبسوط شيخ الإسلام طعن بعض الملحدين من مبطلي الرسل على هذا . وقال لا جناية من العاقلة وجوب الدية باعتبارها ، فيكون في مال القاتل . وحكي ذلك عن أبي بكر الاصم والخوارج أنهم قالوا تجب الدية في مال القاتل ،يؤيد ذلك قوله تعالى ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ ألا ترى أن من أتلف دابة قيمتها تجحف مال المتلف كثرة لا يجب الضمان . قلنا إيجاب الدية على العاقلة مشهورة ثبتت بالأحاديث المشهورة، وعليه عمل

قال والدية في شبه العمد والخطأ ، وكل ديـــة تجب بنفس القتل على العاقلـة ، والعاقلة الذين يعقلون ، يعني يؤدون العقـل وهو الدية ، وقـد ذكرناه في الديات . والاصـــل في وجوبهـا على العاقلة قوله عليـه السلام في حديث حمـل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوه . ولان النفس محترمة لا وجه إلا الإهدار ،

الصحابة رضي الله تعالى عنهم والتابعين من بعدهم فيزاد على كتاب الله تعالى ، فـدل على أنه لا يحمل وازرة وزر أخرى ، وإنما ذكر هذا الكتاب في آخـــر كتاب الجنايات والابواب والفصول ، لانه لم يبق شيء من أحكام هذه الكتب إلا بيان أحكام المعاقل فيها على الترتيب .

(قال) أي القدوري (والدية في شبه العمد والخطأ) أي وجوب الديـة في شبه العمد والقتل والخطأ (وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة) كل دية مرفوع ، لأنـــه مبتدأ ، وخبره قوله على العاقلة ، وإنمـا قال بنفس القتل ، أي ابتداء واحترز على ما وجبت الدية في ثاني الحال لا ابتداء، كما إذا قتل الأب ابنه حيث يكون موجب القتل القصاص ابتداء ، ولكنه يسقط ذلك إلى الدية بشبهة الأبوة فتجب الدية في مال الأب لا على العاقلة . وكذا إذا وجبت الدية صلحاً من العمد يجب ذلك في مال القاتل حالة إلا إذا اشترط التأجيل ، بخلاف ما يجب على الأب فإنه يجب في ثلاث سنين .

(والعاقلة الذين يعقلون ، أي يؤدون العقل وهو الدية ، وقد ذكرناه في الديات) أي ذكرنا الدية على تأويل العقـــل في حديث أحمد بن مالك وقـد مرت قصته في فصل الجنين .

(والأصل في وجوبها) أي في وجوب الدية (على العاقلة قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (في حديث حمل بن مالك للأولياء قوموا فدوه) وحمل بالحاء المحملة والميم المفتوحتينابن مالك بن النابغة الهذلي . قوله فدوه بضم الدال وسكون الواو ، أي أدوا ديته من يدي وقد مر الكلام فيه مستقصى فيا مضى .

والخاطىء معذور ، وكذا الذي تولى شبه العمد نظراً إلى الآلة فلا وجـــه إلى إيجاب العقوبة عليه ، وفي إيجاب مال عظيم إجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم إليه العاقلة تحقيقاً التخفيف ، وإنما خصوا بالضم ، لأنه إنما قصر لقوة فيه ؛ وتلك بانصاره وهم العاقلة ، فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بـــه . قال والعاقلة أهل الديوان إن كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في

(ولأن النفس محترمة لا وجه إلى الإهدار) أي إلى الإسقاط لأنه ليس في الإسلام دم مهدر (والخاطىء معذور) لأنه لم يقصد القتل (وكذا الذي تولى شبه العمد) وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتله (نظراً إلى الآلة) لأن آلته ليست بموضوعة القتل ، فكان في معنى الخطأ (فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه ، وفي إيجـــاب مال عظيم إجحافه) أي إجحاف الخاطىء ، يقال أجحف بالشيء إذا ذهب به (واستئصاله) قال الأكمل فيه الإجحاف بقوله واستئصاله . قلت ليس كذلك ، لأن الاجحاف الذهاب بالشيء كما ذكرنا ، ومنه سيل جحاف إذا ذهب بكل شيء ، والإستئصال قلع الشيء ومادته همزة وصاد ولام وأصل واستئصال بكسر التاء وسكون الهمزة فقلبت الهمزة ياء التخفيف (فيصير عقوبة) إذا وجب هذا المال العظيم كله على القاتل يكون عقوبة فلا يستحق هذه العقوبة (فضم إليه العاقلة تحقيقاً التخفيف ، وإنما خصوا) أي العاقلة (بالضم) دون غيرهم (لأنه إنما قصر لقوة فيه) أي لأن القاتل إنما قصر حالة الرمي في التثبت والتوثق بقوته (وتلك) أي تلك القوة حاصلة (بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به) أي بالضم .

(قال) أي القدوري (والعاقلة أهل الديوان) الديوان الجريدة من دون الكتب إذا جمعها ، لأنه قطع من القراطيس مجموعة (إن كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) العطايا جمع أعطية ، والأعطية جمـــع عطاء ، والعطاء إسم ما ما يعطى . وقيل العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال سنة مرة أو مرتين ، والرزق

ثلاث سنين ، وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان ، وهذا عندنا . وقال الشافعي الديـــة على أهل العشيرة ، لأنه كان كذلك على عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ

ما يخرج له كل شهر . وعن الحلواني كل ستة أشهر . وقيل كل يوم (وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم وأرزاقهم في الديوان) .

وقال الاسبيجابي في شرح الكافي وعاقلة الرجل أهل نصرته ، وكان عاقلة الرجل في ابتداء الإسلام أهل عشيرته وأهل نسبه فلما دون عمر الدواوين فوض ذلك على أهـــل الديوان وهم أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم وأرزاقهم في الديوان فمن كان من أهل الديوان فعقله عليهم إذا جنى . ومن لم يكن من أهل ذلك إن كان من أهل البادية فعقله على أقرب القبائل إليه نسباً وإن كان من أهل المصر إن كان لـــه أقرباء وعشيرة يقضى عليهم ، وإن لم يكن اختلف المشايخ فيه فبعضهم قالوا يجب في ماله ، وبعضهم قالوا يجب على أهل حرفتـــه . وبعضهم قالوا يجب على جيرانـــه ، وبعضهم قالوا على أهل الدية لأنـــه من ظهر نسبهم (وهذا) أي وهذا الحكم الذي ذكرنا (عندنا) .

(وقال الشافعي الدية على أهل العشيرة) وهم العصبات ، وبـــه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم ، وكل من عدا العصبة ليس من العاقلة . واختلف في الآباء والبنين ، فقال الشافعي وأحمد في رواية ليس آباءه وأبناءه وإن علوا أو سفلوا من العاقلة . وقال مالك وأحمد في رواية يدخل في العاقلة أب القاتل وابنه وهو قولنا عند عـــدم أهل الديوان . وعن بعض مشايخنا لا يدخلون كما يجيء إن شاء الله تعالى .

(لأنه كان كذلك على عهد رسول الله ﷺ) لما روى أبو هريرة أن امرأتين من هذيل اقتتلتا فرمت إحداهمـــا بحجر فقتلت الأخرى فاختصموا إلى النبي ﷺ فقضى بديتها على عاقلتها ، وميراثها لابنها ، رواه أبو داود والنسائي . وإذا ثبت هـــذا في الأولاد ألحق الوالد به ، لأنه في معناه (ولا نسخ بعده) أي بعد النبي ﷺ لأنه لا يكون إلا بوحي على لسان نبي ولا نبي بعده .

بعده . ولأنه صلة والأولى بها الأقارب . ولنـــا قضية عمر رضي الله عنه ، فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ ، بل هو تقرير معنى ، لأن العقل كان على أهل النصرة ، وقد كانت بأنواع بالقرابة والحلف والولاء والعـــدد، وفي

(ولأنه صلة) أي ولأن الدية صلة على تأويل العقل (والأولى بهـــا) أي بالصلة (الأقارب) والصلة عبارة عن مال يجب ابتداء الا بمقابلة مال ، ولهذا سميت الزكاة وشفقة الأقارب صلة .

(ولنا قضية عمر فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم) روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا حميد بن عبد الرحمن عن حسن عن مصرف عن الحكم قال عمر أول من جعل الدية عشرة عشرة في أعطيات المقاتلة دون الناس . وحدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن أشعث عن الشعبي عن الحكم عن ابراهيم قال أول من فرض العطايا عمر بن الخطاب وفرض فيه الدية كاملة في ثلاث سنين . وحدثنا غسان بن مطـــر عن سعيد بن زيـــد عن أبي نصرة عن جابر قال ، أول من فرض الفرائض ودون الدواوين وعرف العرفاء عمر بن الخطاب .

فإن قيل قوله من غير نكير منهم إجماع ، فهذا إجماع على خلاف ما قضي رسول الله ﷺ فكيف يظن بهم . قلنا هذا إجماع على وفاق ما قضى رسول الله ﷺ ، وإنما قضى على العشيرة باعتبار النصرة ، ولهذا لا يوجد من النسوان والصبيان من عشيرته ، لأنهم ليسوا من أهل النصرة ، ثم لما دون عمر رضي الله عنه الدواوين صارت النصرة بالديوان فقضى بالدية على أهل الديوان .

(وليس ذلك بنسخ) جواب عن قول الشافعي ولا نسخ بعده (بل هو تقرير معنى) أي من حيث المعنى (لأن العقل كان على أهل النصرة ، وقـــد كانت) أي النصرة (بأنواع بالقرابة والحلف) بكسر الحاء ، وهو العهد بين القوم ، ومنه قولهم تحالفوا على

عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على أهله اتباعاً للمعنى . ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة . وإن كان بالحلف فأهله والدية صلة كما قـــال ، لكن إيجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى منه في أصول أموالهم ، والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي عليـــه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه . ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف ، والعطاء يخرج في

التناصر ، والمراد به ولاء الموالاة (والولاء) أي ولاء العتاقة (والعدد) في بعض النسخ والعدد وهو أن يعد منهم يقال فلان عديد ، قال أي يعددهم .

(وفي عهد عمر « رض » قـــد صارت) أي النصرة (بالديوان فجعلها) أي الدية (على أهله) أي أهل الديوان (اتباعاً للمعنى) أي النصرة (ولهذا) أي ولأجل الاتباع للنصرة.

(قالوا) أي المشايخ (لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة) وفي شرح الطحاوي إذا لم يكن القاتل من أهل الديوان فعاقلته أنصاره . فإن كان نصرته بالمحال والدروب يحمل عليهم إن كان نصرته بالحرف فعاقلته المحترفون الذين هم أنصاره كالقصارين والصفارين بسمرقند والأساكفة بأسبيجاب .

(وإن كان بالحلف) أي وإن كانت نصرته بالحلف بالكسر (فأهله) أي فأهـــل الحلف ، أي فعاقلته أهل الحلف (والدية صلة كما قال) أي الشافعي (لكن إيجابها) أي إيجاب الدية (فيما هو صلة وهو العطاء) وهو الذي يخرج له من بيت المال الذي هو صلة (أولى منه) أي من الإيجاب (في أصول أموالهم) نظراً في حـــاله وتخفيفاً عليه (والتقدير) أي تقدير الدية في الخطأ بالتأجيل (بثلاث سنين مروى عن النبي ﷺ ومحكي عن عمر رضي الله عنه) تقدم كلاهما فيما مضى أن النبي ﷺ جعل دية الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين ، وأن عمر بن الخطاب « رض » فرض كذلك (ولأن الأخذ) أي أخذ الدية (من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحـــدة) فتؤخـــذ في ثلاث سنين .

كل سنـــة مرة . فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها لحصول المقصود . وتأويله إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعـد القضاء ، حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء ولا يؤخذ منهـــا ، لأن الوجوب

(فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين [1] أو أقل منها أخــذ منها) هذا لفظ القدوري ، يعني إن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين تؤخذ الدية منهم في أكثر من ثلاث سنين ، حتى إذا خرجت عطاياهم الثلاث في ست سنين تؤخذ منهم الدية في كل سنة السدس . وإذا خرجت عطاياهم الثلاث في سنة واحدة تؤخذ جميع الديــة في سنة واحدة ، لأن وجوبها في العطايا وقد حصلت (لحصول المقصود) يعني أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الأعطية ، وذلك يحصل بالأخذ من عطاياهم سواء كانت في أكثر من ثلاث سنين أو في أقل منها .

(وتأويله) أي وتأويل كلام القدوري (إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعـــد القضاء) أي بعد قضاء القاضي . فالدية على العاقلة (حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء) بالدية (ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها ، لأن الوجوب بالقضاء) لأن من عليه الدية قبل القضاء غير معلوم لكونه مجتهداً فيه ، لأن في العاقلة كلامــاً فبعضهم يقول أهل الديوان ، وبعضهم يقول أهل العشيرة فلا يحكم إلا بالقضاء . وكذا الواجب في نفسه غير معلوم ، فإن ولاية التعيين منه إلى القاضي إن شاء قضى بالإبل ، وإن شاء قضى بالدراهم أو الدنانير ، لأن من الناس من قال الواجب الإبــل فحسب . وقال قوم الإبل والأثمان جميعاً . وزاد قوم على هــــذا البقر والغنم والخيل ، وإنما قال المصنف تأويله لأن القدوري أطلق ذكر السنين ، وإنما تؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء ، فيكون المراد ثلاث سنين في المستقبل ، فلا بــــد من التأويل (على ما نبين إن شاء الله تعالى) أشار به إلى ما ذكر بعد عشرة خطوط بقوله لأن الواجب الأصلي

---

(١) من ثلاثة أو أقل – اهـ مصححه .

بالقضاء على ما نبين إن شاء الله تعالى . ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا . وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منهــا في سنة، وإن كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة ، وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية ، وما زاد على ذلك إلى تمـام الدية في السنة الثالثة ، ومـــا وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنـــه عمداً فهو في ماله في ثلاث سنين . وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل في ماله فهو حال ، لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض . ولنا أن القياس يأباه ، والشرع ورد به مؤجلاً فلا يتعداه .

المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء .

(ولو خرج للقاتل) أي للعامل القاتل ، وفي النسخ للعامــــل ، والأول هو الأصح (ثلاث عطايا في سنة واحدة ، معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا) أشار به . إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء .

(وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة) أي فيؤخــذ كل ثلث من الدية في سنة واحدة (وإن كان الواجب بالعقل) أي من الجنايات فيما دون النفس (ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة ، وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية ، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل) أي أوجب على القاتل (بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ماله في ثلاث سنين . وقال الشافعي ما وجب على القاتل في ماله فهو حال) وبه قال مالك وأحمد، وقد مرت المسألة (لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة، فلا يلحق به العمد المحض).

(ولنا أن القياس يأباه) أي يأبى وجوب المال لانعدام المماثلة بـــين المال والتالف

ولو قتل عشرة رجلاً خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتباراً للجزء بالكل ، إذ هو بدل النفس ، وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية ، لأن الواجب الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء ، فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور .

قال ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته ، لأن نصرتـــه بهم وهي المعتبرة في التعاقل . قال وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا

(والشرع ورد به) أي بإيجاب المال (مؤجلاً) في الخطأ (فلا يتعداه) أي فلا يتعدى الذي يوجب الشرع .

فإن قيل هذا ليس في معنى الخطأ فـلا يلحق به . قلنا هو في معناه من حيث كونه مالاً وجب بالقتل ابتداء ، والمساواة من جميع الوجوه غـــير ملتزمة ، وكون التأجيل للتخفيف حكمه لا يترتب الحكم عليه .

(ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتباراً للجزء بالكل) أي الدية بكل الدية (إذ هو بدل النفس) أى لأن الدية بدل النفس ،والتذكير باعتبار العقل (وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية ، لأن الواجب الأصلي المثل ، والتحول إلى القيمة بالقضاء) هذا هو الموعود قبله ، وقالت الأئمة الثلاثة من حين القتل (فيعتبر ابتداؤها) أي ابتداء الدية (من وقته) أي من وقت القضاء (كما في ولد المغرور) وهو الذي وطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فولدت ولداً ثم استحقت حيث يكون ولدها حراً بالقيمة يوم الخصومة ، وهو يوم القضاء .

(قال) أي القدوري (ومن لم يكن من أهـل الديوان فعاقلته قبيلته ، لأن نصرته بهم ، وهي) أي النصرة (المعتبرة في التعاقل) لأن الدية كانت على القبيلة في عهد النبي ﷺ ، وإنما فعلها عمر إلى أهل الديوان لمعنى التناصر ، فلما لم يكن الجاني من أهل الديوان أقر الحكم على الأصل .

(قال) أي القدوري (وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد الواحد منهم على أربعة

يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها . قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري في مختصره، وهذا إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية ، وقد نص محمد رحمه الله على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث ، وهو الأصح .

دراهم في كل سنة وينقص منها) أي من الأربعة ، هذا إشارة على أنه يزاد على الأربعة في السنين الثلاث ، لأنه قد نفى الزيادة بسنة واحدة ، وجوز الأربعة على الواحد من العاقلة في السنة الواحدة ، فإذا كان ما يصيب الواحد في السنة الواحدة أربعة دراهم كان ما يصيبه في السنين الثلاث اثني عشر درهماً لا محالة ، فكان ما يصيبه من جميع الدية زيادة على الأربعة ، وقد نص محمد في كتاب المعاقل بخلاف ذلك .

أشار إليه المصنف بقوله (قال ، « رح » كذا ذكره القدوري في مختصره ، وهذا إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية) أي المصنف (وقد نص محمد على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهماً أو درهماً وثلث درهم وهو الأصح) أي الذي قاله محمد هو الأصح . وقال الأكمل قوله وهو الأصح احتراز عما ذهب إليه بعض مشايخنا بما فهم منهم إشارة كلام القدورى . وذكر في المبسوط قال وذلك غلط .

وقال الأترازى رواية القدورى هي المشهورة ، وقد أثبت في شرح الأقطع روايته بقوله لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة درهم ودانقان، وينقص منها . وعلى ذلك فلا يفرق بين نص محمد وبين رواية القدورى ، ويدل على صحة رواية شرح الأقطع ما ذكره القدورى ، ففي مختصر الكرخي في باب أروش الجنايات على الرقيق ولا يغرم كل رجل من العاقلة إلا ثلاثة دراهم أو أربعة فى الثلاث سنين ، وذلك كل ما يغرم ، ولا يغرم أكثر من ذلك ، انتهى .

قال وإن لم يكن تتسع القبيلـــة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل ، معناه نسباً كل ذلك بمعنى التخفيف ، ويضم الأقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم . وأما الآباء والأبناء فقيل يدخلون لقربهم . وقيل لا يدخلون لأن الضم كنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة ، وهذا المعنى إنما يتحقق عنـــد الكثرة ، والآباء والأبناء لا يكثرون . وعلى هذا حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب

ثم اكثر ما يوضع على كل واحد من العاقلة أربعة دراهم وأقله لا يتقدر ، وعنـــد الشافعي على الغني نصف دينار وعلى المتوسط ربع دينار ، وكذا في مختصر الأسرار . قال مالك وأحمد « رح » لا تقدير فيـــه فيحملون ما يطيقون إذ التقدير لا يثبت إلا بالتوقيف ولا نص فيه فيفوض إلى رأى الحاكم . وعن أحمد « رح » في رواية مثل قول الشافعي رحمه الله المذكور .

(قال) اى القدورى رحمه الله (وإن لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم إليـــه أقرب القبائل إليهم) قال المصنف رحمه الله (معناه) اى معنى كلام القدورى اقرب القبائل إليهم يعني (نسباً) اى من حيث النسب على الترتيب المذكور في العصبات (كل ذلك بمعنى التخفيف) يعنى طلباً للتخفيف فى حقهم ، هـــذا الجواب إنما يستقيم فى حق العربى ، لأن العرب حفظت أنسابها فأمكننا إيجاب العقل على اقرب القبائل من القاتل (ويضم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات الأخوة ، ثم بنوهم ، ثم الأعمـــام ، ثم بنوهم) هذا إذا كان له عاقلة ، فإن لم يكن له عاقلة فعقله في بيت مال المسلمين . وعن محمد رحمه الله انه في مال الجاني .

(واما الآباء والأبناء فقيل يدخلون لقربهم ، وقيـــل لا يدخلون ، لأن الضم كنفى الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة ، وهذا المعنى إنما يتحقق عنـــد الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون ، وعلى هذا حكم الرايات) يعنى إذا كان القاتل من

الرايات ، يعني أقربهم نصرة إذا حزبهم أمر الأقرب فالأقرب ويفوض ذلك إلى الإمام ، لأنه هو العالم به ثم هـذا كله عندنا . وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل ، لانه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك ، إذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي أحط رتبة منها . ألا ترى أنه لا تؤخذ من أصل المال فينقص منها تحقيقاً لزيادة التخفيف .

اهل الديوان فعاقلته من اهل الراية (إذا لم يتسع لذلك اهـل راية ضم إليهم اقرب الرايات ، يعنى اقربهم نصرة إذا حزبهم امر الأقرب) لأهل الراية الأولى يقال حزبه امر إذا اصابه الأقرب (فالأقرب) يعنى يقدم الأقرب فالأقرب (ويفوض ذلك) يعنى تقديم الأقرب فالأقرب (إلى الإمام ، لأنه هو العالم به) اى بالأقرب (ثم هـذا) الذى ذكرنا (كله عندنا) .

(وعند الشافعى رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار) قال احمد فى وجيز الشافعية ولا يضرب على فقير وإن كان معملاً ، ويضرب على الغني نصف دينار وهو الذي ملك عشرين ديناراً بعد المسكن وما يحتاج إليه ، وعلى المتوسط ربع وهـو الذي يملك أقل من ذلك ، ولكن ملك ما فضل عن حاجته . وينظر إلى اليسار في آخر السنة ، فلو طرأ اليسار قبلها أو بعدها فلا إلتفات إليه .

(فيسوى بين الكل) يعني الآباء والأبناء وغيرهم (لأنها) أي الدية على تأويل العقل (صلة) لأنه يجب على العاقلة بسبيل المواساة من غير أن يوجد منهم جناية (فيعتبر) أي فيعتبر الشافعي رحمه الله القتل (بالزكاة وأدناها ذلك إذ خمسة دراهم) أي وأدنى الزكاة (نصف دينار) لأنه كان ذلك في زمن رسول الله ﷺ (ولكنا نقول هي أحط رتبة منها) أي من الدية .

وأوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنه لا تؤخذ) أي العقل (من أصل المـال فينتقص منها) أي من الزكاة والزكاة تؤخذ من أصل المال والعقل يؤخـذ من نصف المـال

ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث ، لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه ، إذ كل منهما صلة من بيت المـــال ، ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء ، وإن كان يخرج في كل ستة أشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منـه سدس الديـــة . وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث. وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر . وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر أو أعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانـــه أيسر اما لان الاعطية

من العطاء ، وذلك (تحقيقاً لزيادة التخفيف) في حق العاقلة فـــلم يكن تعليله حجة علينا .

(ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق) يأخذون كل شهر (يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث ، لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء) وقد مر الفرق بين الرزق والعطاء عن قريب (قائم مقامه) أى مقام العطاء (إذ كل منهما صلة بيت المال ، ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة ، فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء ، وإن كان يخرج في كل ستة أشهر وخرج بعد القضاء) أى بعد حكم القاضي بذلك (فيؤخذ منه سدس الدية . وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث ، وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر ، وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر أو أعطية في كل سنة فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق ، لأنه أيسر ، امـــا لأن الأعطية

أكثر ، أو لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم . قال وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كأحدهم ، لانه هو الفاعل فلا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره . وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتباراً للجزء بالكل في النفي عنه. والجامع كونه معذوراً . قلنا إيجاب الكل إجحاف به ، ولا كذلك إيجاب الجزء . ولو كان الخاطىء معذوراً فالبريء منه أولى . قال الله تعالى ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ ١٦٤ الانعام . وليس على

أكثر ، او لأن الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الأداء منه) والأخذ منه يكون إضراراً بهم ، والأعطيات ليست كذلك (ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة) يعني متى احتيج إليها (فيتيسر عليهم) لأنه لا يحصل الضرر لهم بذلك .

وأدخل القاتل ، وفي أكثر النسخ (قال) أي القدوري رحمه الله (وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيا يؤدي كأحدهم، لأنه) أي لأن القاتل (هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره . وقال الشافعي رحمه الله لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتباراً للجزء بالكل) لأن الحكم حول إلى العاقلة فلا تبقى عليه ، ولهذا لا يجب الكل عليه فلا يجب الجزء أيضاً اعتباراً للجزء بالكل (في النفي عنه) أي في نفي الوجوب عن القاتل (والجامع كونه معذوراً) أي وجه الجمع في اعتبار الجزء بالكل هو كون القاتل معذوراً .

(قلنا إيجاب الكل إجحاف به) أي إذهاب بالكلية (ولا كذلك إيجاب الجزء ، ولو كان الخاطىء معذوراً فالبريء منه أولى) لأن العاقلة لم يتلوثوا بالدم ، لأنهم براء عن الجناية ،وكان الوجوب على غير البريء اولى (قال الله تعالى ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ ١١٤ الأنعام) ولأنها دية وجبت بالقتل فلا تخلو ذمة القاتل عنها ، كما إذا لم تتسع العاقلة ولا مال في بيت المال .

النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ، ولان العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته ، والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ، ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية . وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما من الديـــة .

(وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقـــل) أراد بالذرية من لم يبلغ ، والذرية اولاد الأولاد في اللغة مأخوذة من الذر وهو صغار النمل . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن المرأة والصبي لا يعقلان مع العاقلة ، وكذا على الفقير وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الظواهر ، وحكى بعض أصحابنا عن مالك وأبي حنيفة أن الفقير يدخل في التحمل وهو رواية عن أحمـــد أنه من أهل النصرة ، فكان كالغني ، والصحيح الأول (لقول عمر رضي الله تعالى عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة) هذا غريب . وقال الأوزاعي وقد روى عمر ابن الخطاب رضي الله تعالى عنه أنه قال لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ، كذا في شرح الكافي .

(ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته) أي الجـــاني (والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ، ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة ، وهو الجزيــة) يعني في نساء أهل الذمة وصبيانهم (وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما من الدية) وفي فتاوى قاضي خان لو كان القاتل امرأة أو صبياً هل يجب عليهما شيء اختلف المشايخ فيه ، والصحيح أن القاتل يشارك العاقلة سواء كان صبياً أو امرأة أو مجنوناً . وكذا أب القاتل وابنه من العاقلة . والزوج لا يكون عاقلة المرأة . وكـذا المرأة لا تكون عاقلـة الزوج ، وفي الأب الابن خلاف للشافعي . وقال الكاكي وهذه المسألة مخالفة لما مر قبل كتاب العاقل انه لو وجـــد قتيل في دار امرأة أن المرأة تشارك العاقلة عند المتأخرين يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن المرأة لا تدخل بالعواقل في صورة من الصورة .

بخلاف الرجل ، لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لانه ينصر نفسه ، وهذا لا يوجد فيها . والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي عليه السلام ورضي الله عنهن . ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر ، يريد بـــه أنه إذا كان لأهل كل مصر ديوانه على حدة ، لأن التناصر بالديوان عنـــد وجوده . ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصر أقرب إليه من أهل مصر آخر ويعقل أهـــل كل مصر من أهل سوادهم ، لأنهم اتباع لأهل المصر ، فإنهم إذا حزبهم أمر استنصروا

(بخلاف الرجل) حيث يجب عليه مع العاقلة (لأن وجوب جزء من الدية عـلى القاتل باعتبار أنه أحد العواقل ، لأنه ينصر نفسه) أي لأن الرجل ينصر نفسه ، أي يمنع عنه غيره (وهذا) أي نصر النفس أو منعه من غيره (لا يوجد فيها) أي من الصبي والمرأة لعجزهما عنه .

(والفرض لهما) هذا جواب عما يقال يفرض الإمام لنساء العراية وذرياتهم من العطاء وهو يمنع النصرة . فأجاب بقوله والفرض لهما ، أي الصبي والمراة (من العطاءللمعونة) أي لمعونة الجـــد بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك (لا للنصرة) لضعفها (كفرض أزواج النبي ﷺ ورضي الله عنهن) فإنه فرض لهن للمعونة لا للنصرة .

(ولا يعقل أهل مصر عن أهل مصر آخر) هـــذه من مسائل الأصل ، أوضحها المصنف بقوله (يريد به) أي بهذا الذي ذكره (انه إذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة ، لأن التناصر بالديوان عند وجوده . ولو كان) أي التناصر (باعتبـــار القرب في السكنى فأهل مصر أقرب إليه من اهل مصر آخر ، ويعقل اهل كل مصر من اهـــل سوادهم ، لأنهم اتباع لأهل المصر فإنهم) أي فإن اهل السواق اي القرى (إذا حزبهم) أي إذا أصابهم (امر) من الأمور المزعجة (استنصروا بهم) أى بأهل المصر (فيعقلهم

بهم فيعقلهم أهل المصر باعتبـــار معنى القرب في النصرة . ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة ، لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه . والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره ، وبعـــد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه ، وعلى هـــذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل . ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له في الديوان عطاء وأهـــل البادية أقرب إليه

بهم أهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة . ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة ، لأنه) أي لأن من كان بمنزله بالبصرة (يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه) .

(والحاصل ان الاستنصار) اى طلب النصرة (بالديوان اظهر) عندنا خلافاً للأئمة الثلاثة . وعن هذا قال في المبسوط لو ان آخرين لأب وأم ديوان احدهما بالكوفة وديوان الآخر بالبصرة لم يعقل احدهما صاحبه ، وإنما يعقل عن كل واحد اهل ديوانه (فلا يظهر معه) اى مع الاستنصار بالديوان (حـــكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره) هو الحلف والعدد (وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه) أشار به إلى قوله ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته .

(وعلى هذا) أي وعلى هذا الاصل (يخرج كثيراً من صور مسائل المعاقل) منها ما ذكره في المبسوط ولو ان قوماً من اهل خراسان من ديوان واحـــد مختلفين في انسابهم منهم من له ولاء ، ومنهم من له القرب جنى بعضهم جناية عقل عنه اهـــل رايته ، وإن كان غيره اقرب إليه في النسب لأنه امر لا يرجع في الاستنصار إلى عشيرته عادة .

(ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب إليه)

ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابـــة . قيل هو صحيح ، لأن الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم و يدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون به أهل العطاء . وقيل تأويله إذا كان قريباً لهم . وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر ، وهـــذا لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكاناً ، فكانت القدرة على النصرة لهم ، وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة . ولو كان البدوي

اى قرابة ونسباً (ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة . وقيل هو) اى عدم الاشتراط (صحيح ، لأن الذين يذبون) اى يدفعون (عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهـــم اهل الديوان من اهل المصر) مرفوع لأنه خبر لأن ، اعني قوله لان الذين (ولا يخصون بـــه اهل العطاء) اى لا يخصون بالذب اهل العطاء .

(وقيل تأويله) اى تأويل قول من قال بعدم الاشتراط المذكور (إذا كـــان قريباً لهم) اى ذا قرابة لهم (وفي الكتاب اشارة إليه ، حيث قال واهل البادية اقرب إليـــه من اهل المصر) اى اقرب إليه نسباً من اهل المصر (وهذا) اى اشتراط القرابة (لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكاناً فكانت القدرة عـلى النصرة لهم) لانه إذا كان هكذا استقام الوجوب على اهل الديوان باعتبار القرابـة في النسب وإن لم يكن له عطاء فيهم ، وذلك لانهم اقرب مكاناً فكانوا اقدر على النصرة ، وإن كان اهل البادية اقرب نسباً .

(وصار) في بعض النسخ وصارت اى هذه المسألة (نظير مسألة الغيبة المنقطعة) يعني ان للولي الابعد ان يزوج إذا كان الولي الاقرب غائبـاً غيبة منقطعة ، لانــه اقدر

نازلاً في المصر لا مسكن له فيـــه لا يعقله أهل المصر ، لأن أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه ، كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم ، لأنه لا ينتصر بهم . وإن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلاً فديته على عاقلتـــه بمنزلة المسلم ، لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الإضرار . ومعنى التناصر موجود في حقهم . وإن لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه ، كما في حق المسلم لما بينـــا أن الوجوب على القاتل ، وإنما يتحول عنه إلى العاقلة أن لو وجدت ، فإذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما

على إقامة مصالحها ، فهذا نظير ذلك .

(ولو كان البدوي نازلاً في المصر لا مسكن له فيه) اي في المصر (لايعقله اهل المصر ، لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه) اي في المصر لا يعقله اهـل المصر (كما ان اهل البادية لا تعقل عن اهل المصر النازل فيهم ، لانه) اي لان النـازل فيهم (لا ينتصر بهم) اي إذا لم يكن مسكنه فيهم .

(وإن كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلاً فديته عـــلى عاقلته بمنزلة المسلم ، لانهم التزموا احكـــام الاسلام في المعاملات لاسيما في المعاني العاصمة عن الاضرار) كحـــد السرقة والقذف والقصاص ووجوب الدية (ومعنى التناصر موجود فى حقهم ، وإن لم تكن لهم) أي لأهل الذمة (عاقلة معروفة فالديـة في ماله) اي في مال الذمي (في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل ، وإنما يتحول عنه إلى العاقلة ان لو وجدت ، وإن لم توجد بقي عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في

صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله ، لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه ، وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم . ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر ، والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم ، لأن الكفر ملة واحدة . قالوا هذا إذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة ، أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض . وهكذا عن أبي يوسف لانقطاع التناصر . ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة . وقال زفر يقضي على عاقلته من أهل

ماله ، لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه) وإنما اطلق القتيل ليشمل العمد والخطأ ، لان الدية تجب في ماله سواء كان القتل عمداً او خطأ ، لان العاقلة لاتعقل جناية وقعت في دار الحرب ، وبه صرح الكرخي في مختصره في كتاب السير (وتمكنه) اي تمكن احد التاجرين الداخلين في دار الحرب (من هذا القتل) اي من قتل صاحبه (ليس بنصرتهم) اي بنصرة اهل الإسلام فلا يعقل عن اهل الإسلام ، بل يجب في ماله .

(ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر) لأن بناء العقل على التناصر ، ولا تناصر مع اختلاف الدين (والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم ، لأن الكفر كله ملة واحدة قال) أي المشايخ (هذا إذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة ، أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض ، وهكذا عن أبي يوسف) أي هكذا عن أبي يوسف (لا نقطاع التناصر) عند ظهور المعاداة فيما بينهم .

(ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه إلى البصرة) وفي بعض النسخ جعل ديوانه ، أي بعد القتل (ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضى بالدية على عاقلته من

الكوفة ، وهو رواية عن أبي يوسف ، لأن الموجب هو الجناية وقد تحققت ، وعاقلته أهل الكوفة ، وصار كما إذا حول بعد القضاء .

ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل ، وبالقضاء ينتقل إلى المـــال . وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته . وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء . بخلاف ما بعد القضاء ، لأن الواجب قد تقرر بالقضاء ، فلا ينتقل بعد ذلك ، لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه ، بالبصرة لأنها تؤخذ من العطاء ، وعطاؤه بالبصرة . بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم ، حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب ، لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال ، وفي الضم تكثير

اهل البصرة . وقال زفر يقضى على عاقلته من اهل الكوفة ، وهو رواية) أي قول زفر رواية (عن أبي يوسف) وهو قياس قول الأئمة الثلاثة (لأن الموجب هو الجناية ، وقد تحققت ، وعاقلته أهل الكوفة) الواو للحال (وصار كما إذا حول بعد القضاء) .

(ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل ، وبالقضاء ينتقل إلى المال ، وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته . وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء) يعني بخلاف ما إذا قضى بالدية على عاقلته من أهل الكوفة ثم حول عطاؤه إلى ديوان البصرة كانت الدية على عاقلته من أهل الكوفة لا ينتقل عنهم (لأن الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك ، لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة ، لأنها) أي لأن الدية (تؤخذ من العطاء ، وعطاؤه بالبصرة) .

(بخلاف ما إذا قلت العاقلة) أي العاقلة بموت بعضهم (بعد القضاء عليهم ، حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب ، لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال

المتحملين لما قضى به عليهم ، فكان فيـــه تقرير الحكم الأول لا إبطاله • وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء ، فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة . ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم . وكذا البدوي إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالديـــة على أهل الديوان ، وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم . وهذا بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الإمام في العطاء حيث تصير الديـــة في أعطياتهم . وإن كان قضى بها أول مرة في أموالهم ، لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول ، لأنه قضى بها في أموالهم وأعطياتهم أموالهم غير أن الدية تقضى في أيسر الاموال أداء ، والاداء من العطاء

وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم ، فكان فيه تقريب حكم الأول لا إبطاله ، وعلى هذا) أي على هذا الحكم المذكور (لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهـل البصرة ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم . وكذا البدوي إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان ، وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهـــم) أي أهل الديوان .

(وهذا) أي هذا الذي قلنا من عدم انتقال العقل عن أهل الكوفة بعد القضاء عليهم إلى أهل البصرة (بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سنين ، ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الديـة في أعطياتهم . وإن كان قضى بها أول مرة في أموالهم ، لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول ، لأنـــه قضى بها في أموالهم وأعطياتهم أموالهم ، غير أن الديه تقضى من أيسر الأموال أداء ، والأداء من

أيسر إذا صاروا من أهل العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليـــه بأن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم ، فحينئذ لا تتحول إلى الدراهم أبداً لما فيه من إبطال القضاء الاول ، لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه أيسر . قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه ، لان النصرة بهم يؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم . قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته ، لانه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة ، وفيه خلاف الشافعي وقد مر في كتاب الولاء . قـــال ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية ، وتتحمل نصف العشر

العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء ، إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بأن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم ، فحينئذ لا تتحول إلى الدراهم أبداً لما فيه من إبطال القضاء الاول ، لكن يقضى ذلك من مال العطاء) عليهم ، لكن يقضى ذلك إلى الإبل من مال العطايا (لانه أيسر) أي لان الاداء منه أيسر .

(قال) أي القدوري (وعاقلة المعتق) بفتح التاء (قبيلة مولاه ، لان النصرة بهم) وهذا الاختلاف فيه ، ولا يعقل مولى الاسفل من الاعلى ، وبه قال أصحاب مالك وأحمد والشافعي في قول يعقل (ويؤيد ذلك) أي كون عاقلة المعتق مولاه (قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ (مولى القوم منهم) هذا الحديث تقدم في الزكاة .

(قال) أي القدوري (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به ، فأشبه ولاء العتاقة ، وفيه خلاف الشافعي) وأحمد ، وقال مالك إذا كان الرجل في غير عشيرته فعقله على القوم الذين معهم (وقد مر في كتاب الولاء) يعني إذا عقد الموالاة ليس بشيء عند الشافعي .

(قال) أي القدوري (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعداً) وفي بعض النسخ وتعقل نصف العشر فصاعداً ، وذلك لـما قال محمد في

فصاعداً . والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله ﷺ لا تعقل العواقل عمـــداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون إرش الموضحة وإرش الموضحة نصف عشر بـــدل النفس . ولأن التحمل للتحرز عن الإجحاف ولا إجحاف في القليل ، وإنما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع . قــــال وما نقص من ذلك يكون في مال الجــــاني ،

كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حمـــاد بن ابراهيم قال لا تعقل العاقلة في أدنى في الموضحة وإرش الموضحة نصف عشر بدل النفس .

(والاصل فيه) أي في هذا الباب (حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنــه موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى النبي ﷺ بقوله «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا مادون إرش الموضحة») ذكر الأترازي هذا بقوله وذكر أصحابنا في كتبهم عن ابن عباس إلى آخره .ثم قال وذكر أبو عبيد هذا الحديث بإسناده إلى الشعبي وجعله من كلامه ولم يذكر قوله ولا ما دون إرش الموضحة ، انتهى . قلت الموقوف ما ذكر محمد بن الحسن الشيباني فقال حدثني عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن عبد الله بن عبـــد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهما قال لا تعقل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما جنى المملوك . وأمـــا المرفوع فغريب وليس في الحديث إرش الموضحة . ولكن أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه وعن النخعي قال لا تعقل العاقلة مـــا دون الموضحة ، ولا تعقل العبد ولا الصلح ولا الاعتراف .

(وإرش الموضحة نصف عشر بدل النفس ، ولان التحمل للتحرز عن الإجحاف ، ولا إجحاف في القليل ، وإنمـــا هو في الكثير ، والتقدير الفاصل عرف بالسمع) أراد بالفاصل هو الفصل بين إرش الموضحة وبين ما دونه في التحمل وعدمــــه ، وهو عرف بالنص ، وهو الذي ذكره ابن عباس وابراهيم النخعي والشعبي .

والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير ، فيجب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعي أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء ، إلا أنا تركناه بما روينا ، وبما روي أنه عليه السلام أوجب إرش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك الأموال ، لأنه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم ، فلهذا كان في مال الجاني أخذاً بالقياس . قال ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح

(قال) أي القدوري (وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني) أى ما نقص من نصف عشر الدية يكون ذلك في مال الجاني (والقياس فيه) أى في العقل (التسوية بين القليل والكثير في التحمل ، فيجب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعي ، أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء) بعدم صدور الجناية عنهم (إلا أنا تركناه) أى القياس (بما رويناه) أشار به إلى أحاديث النبي ﷺ ذكرناه فى كتاب الجنايات وغيرها (وبما روى أنه عليه السلام) أى أن النبى ﷺ (أوجب إرش الجنين على العاقلة) وقد تقدم هذا فى الجنين ان الائمة الستة أخرجوه (وهو) أى فيما دون (نصف عشر بدل الرجل على ما مر فى الديات فما دونه) اى فيما دون إرش الجنين (يسلك به مسلك الاموال ، لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم) اى ضمان المال المتلف بتقويم المقومين (فلهذا) اى فلأجل ذلك (كان فى مال الجاني أخذا بالقياس) لان الاصل وجوب ضمان الجناية على الجانى .

(قال) اى القدوري (ولا تعقل العاقلة جناية العبد) اي جناية العبد بنفسه ، وهو إضافة المصدر الى الفاعل (ولا ما لزم بالصلح) أي في صلح أولياء الجاني مع الجاني لقصور ولاية المصالح (أو باعتراف الجاني) أي ولا يلزم العاقلة أيضاً مما يلزم بإقرار الجاني لقصور ولاية المقر عن العاقلة (لما رويناه) أشار به إلى ما ذكره محمد بن الحسن عن

أو باعتراف الجاني لما روينا . ولأنـــه لا تناصر بالعبد والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم. قال إلا أن يصدقوه ، لأنه ثبت بتصادقهم ، والإمتناع كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم . ومن أقر بقتل خطأ ولم يرفعوا إلى القاضي إلا بعـــد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي ، لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالإقرار أولى . ولو تصادق القاتل وولى الجناية على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على

ابن عباس رضي الله تعالى عنهما وقد مر عن قريب .

(ولأنه) دليل معقول ، أي ولأن الشأن (لا تناصر بالعبد) لعجزه (والإقرار) أي إقرار الجاني (والصلح) أي صلح الجاني (لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم) أي عن العبد والمقر بالجناية والمصالح .

(قال) أي القدوري (إلا أن يصدقوه) العاقلـــة المقر في إقراره فحينئذ يلزمهم تحمل العقل (لأنه ثبت بتصادقهم) أي بتصادق العاقلة (والامتناع) اي إمتناع الوجوب عليهم (كان لحقهم ولهم ولايـــة على أنفسهم) فيصح تصديقهم ويلزمهم .

(ومن أقر بقتل خطأ ولم يرفعوا إلى القاضي إلا بعد سنين قضى عليه) اي على المقر (بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى ، لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالإقرار اولى) يعني ان البينة حجة متعدية ، والإقرار حجـــة قاصرة ، فعلى هذا تكون البينة اقوى من الإقرار ، ثم الدية في القتل الثابت بالبينة إذا كان خطأ يجب مؤجلة من وقت القضاء لا من وقت الموت ، ففي الثابت بالإقرار أولى، لأن الإقرار أدنى من البينة .

(ولو تصادقا القاتل وولي الجناية) كذا وقع في بعض النسخ تصادقا بذكر البينة ، وهذا لا يجيء إلا على لغة الحلوى المواصب ، وفي عامة النسخ ولو تصادق القاتل وولي الجناية (على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على العاقلة بالكوفة بالبينة وكذبها العاقلة

عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة ، لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم ، ولم يكن عليـــه شيء في ماله ، لأن الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء و تصادقهما حجة في حقهما ، بخلاف الأول ، إلا أن يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته ، لأنـــه في حق حصته مقر على نفسه ، وفي حق العاقلة مقر عليهم . قال وإذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته،لانه بدل النفس على ماعرف من أصلنا ، وفي أحد قولي الشافعي تجب في ماله ، لأنه بدل المـــال عنده ، ولهذا يوجب قيمته بالغة

فلا شيء على العاقلة ، لان تصادقهما ليس بحجة عليهم) اى على العاقلة (ولم يكن عليه شيء في ماله) اى لم يكن على القاتل شيء أيضاً بهـــذا التصادق (لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما ، بخلاف الاول) أراد به ما إذا أقر بقتل خطأ حيث يقضى عليه بالدية في ماله ، لان إقراره حجة عليه نفسه ويدعى ولي القتيل عليه ايضاً . وهاهنا فيما نحن فيه لا يدعي ولى القتيل عليه ، لانه تصادق مع القاتل ان الدية العاقلة وقد قضى بها القاضي عليهم فلا يكون على القاتل شيء (إلا ان يكون) استثناء من قوله ولم يكن عليه شيء . اى الا ان يكون (لـــه عطاء معهم ، فحينئذ يلزمه بقدر حصته ، لانه في حق حصته مقر على نفسه ، وفي حق العاقلـة مقر عليهم) فيؤخذ بما أقر على نفسه .

(قال) أي القدوري (وإذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته) اى كان العقل وهو الدية . وفي بعض النسخ كانت اى الدية على عاقلته (لانـــه بدل النفس على ما عرف من أصلنا) ان الوجوب على العاقلة إذا كان القتيل خطأ .

(وفي احد قولي الشافعي تجب في ماله) وبـــه قال مالك ، وفي قوله الثاني تجب على عاقلته كقولنا وهو اختيار المزني وقول احمد (لأنه) اى لأن الواجب في القتل (بـــدل

ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة ، لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف . وفي أحـــد قوليه العاقلة تتحمله كما في الحر ، وقد مر من قبل . قال أصحابنا إن القاتـــل إذا لم يكن له عاقلة فالديـــة في بيت المال ، لان جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ، ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المـــال ، فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال . وعن أبي حنيفة رواية شاذة أن الدية في ماله ، ووجهه أن الأصل أن تجب الدية على القاتل ، لأنه بدل متلف . والإتلاف منه

المال عنده) اى عند الشافعي (ولهذا) اى ولأجل ذلك (يوجب) اى الشافعي (قيمته بالغة ما بلغت) ونحن نقول الواجب فيه الدية لإطلاق قوله تعالى﴿ودية مسلمة إلى اهله﴾ ٩٢ النساء (وما دون النفس من العبد) الى آخر كتاب المعاقل، ذكره على سبيل التفريع (لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي احد قوليه) اى احد قولي الشافعي (تتحمله) اى العاقلة (كما في الحر ، وقد مر من قبل) اى في اول فصل بعد باب جناية المملوك .

(قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال) بأن كان لقيطاً ونحوه وكان مسلماً بدليل قوله (لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ، ولهـذا إذا مات) اى القاتل الذى ليس له عاقلة (كان ميراثه لبيت المال ، فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال) لان الغرم بالغنم .

(وعن ابي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله) روى هذه الرواية محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة وهي رواية احمد ايضاً بالاول قلت الثلاثة (ووجهه) اى وجه ما ذكر من الرواية الشاذة (ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف ، والإتلاف منه الا

إلا أن العاقلة تتحملها تحقيقاً للتخفيف على ما مر . وإذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم إلى الاصل . وابن الملاعنة تعقله عاقلة أمه ، لان نسبه ثابت منها دون الاب . فإن عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب ، لانـــه تبين أن الدية واجبة عليهم ، لان عند الإكذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتاً من الاب حيث بطل اللعان بالإكذاب ، ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجباً على قوم الاب فيرجعون عليهم ، لانهم مضطرون في ذلك . وكذلك إن مات المكاتب عن وفاء له ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة ،

ان العاقلة تتحملها تحقيقاً للتخفيف على ما مر) عند قوله وإن كان لاهل الذمة عواقل... الى آخره (فإذا لم يكن له عاقلة عـــاد الحكم على الاصل) وهو وجوب المـــال على الجاني .

(وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه ، لان نسبه ثابت منها دون الاب ، فإن عقلوا عنه) اى عن ابن الملاعنـــة (ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما أدت عـــلى عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب ، لأنـــه تبين ان الدية واجبة عليهم ، لان عند الإكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتاً من الاب حيث بطـــل اللعان بالاكذاب . ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا مـــا كان واجبـــاً على قوم الأب ، فيرجعون عليهم ، لأنهم مضطرون في ذلك) اي يرجـون في ثلاث سنين . وفي المحيط هذا عندهما . وعند أبي حنيفة يرجعون حالاً بما أدوا .

(وكذلك) اى الحكم (إن مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم أديت الكتابة ، لأنه عند الأداء يتحول ولاؤه الى

لانه عند الاداء يتحول ولاؤه إلى قوم أبيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من أجزاء حياته ، فيتبين أن قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم . وكذلك رجل أمر صبيـــاً بقتل رجله فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر إن كان الامر ثبت بالبينة ، وفي مال الآمر إن كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بهـــا القاضي على الآمر أو على عاقلته ، لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير . قال رضي الله عنه ها هنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة . والاصل الذي يخرج عليـــه أن يقال حال القاتل إذا تبدل حكماً فانتقل ولاءه إلى ولاء آخر بسبب أمر حادث

قوم أبيه من وقت حرية الأب وهو آخر جزء من أجزاء حياتـه فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم) في ثلاث سنين . لأنهم مضطرون ، وبقولنا قال مالك . وعنـد الشافعي واحمد يبطل فلا يحول الولاء .

(وكذلك) اى الحكم اذا كان (رجل امر صبياً بقتل رجـل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر إن كان الآمر ثبت بالبينة ، وفي مال الآمر ان كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى بهـــا القاضي على الآمر) اى إذا ثبت بإقراره (او على عاقلته) اى اذا ثبت بالبينة (لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير) لان الاصل في وجوب الديات هو الاجل للتيسير إلا إذا ثبتت الدية بالصلح فذلك لا أجل له الا اذا اشترط .

(قال) اى المصنف رحمه الله (ها هنا عدة مسائل) اى في المعاقل مسائل عديـدة (ذكرها محمد متفرقة) في مواضع لا في موضع واحد (والاصل الذى يخرج عليه) اى الاصل يخرج عليه تلك المسائل (ان يقال حال القاتل اذا تبـدل حكماً) اى من حيث الحكم (فانتقل ولاؤه الى ولاء آخر بسبب امر حادث لم تنتقل جنايته عن الأولى) اى عن

لم تنتقل جنايته عن الأولى قضى بها أو لم يقض . وإن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولـــد الملاعنة حولت الجناية إلى الاخرى وقع القضاء بها أو لم يقع . ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الإعتبار في ذلك لوقت القضاء ، فإن كان قضى بها على الاولى لم تنتقل إلى الثانية . وإن لم يكن قضى بها على الاولى فإنه يقضى بهـــا على الثانية .

الجناية الأولى (قضى بها او لم يقض) هـــذا هو الأصل الأول ، والأصل الثاني هو قوله (وإن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع . ولو لم يختلف حال الجاني) هـــذا هو الاصل الثالث (ولكن العاقلة تبدلت) بأن كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء ثم نقل ديوانه الى البصرة (كان الاعتبار في ذلك) اي في التبدل (لوقت القضاء) .

(فإن كان قضى بها على الأولى لم تنتقل إلى الثانية ، وإن لم يكن قضى بها عـلى الأولى فإنه يقضى بها على الثانية) نظير الفصل الاول مولود بـين حرة وعبـد جنى ثم أعتق ابوه لا تتحول الجناية عن عاقلـة الام . ومن نظيره اذا أسلم حربي ووالى مسلماً ثم جنى جناية عقلت عنه العاقلة التي ولاه،فان عقلوا عنه أو لم يقض بها حتى أمر به أبوه من دار الحرب فاشتراه رجل فأعتقه فهو حر ولاه أبيه ، فصار مولى الموالي ابنه،ولكن لا ترجع عاقلة الذي كان ولاؤه على عاقلة مولى الاب لانه امر حادث .

وصورة الفصل الثاني قتل ابن الملاعنة رجلاً خطأ تعقل عنه عاقلة الام ، لان نسبه ثابت من الام ، فان عقلوا عنه ثم أعاده الاب رجعت عاقلة الام بما ادعت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب .

ومن نظير الفصل الثالث ما إذا كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء ولم يقض بالدية على عاقلته حتى حول ديوانه الى البصرة ، فانه يقضى بالدية على عاقلته من اهل

وإن كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده ، إلا فيما سبق أداؤه فمن أحكم هذا الاصل متأملاً يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد والله أعلم بالصواب

البصرة ، وعلى قول زفر يقضى على عاقلته من الكوفة ، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله .

(وإذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق أداؤه) يعني لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الدين أدوا او لا قبل ضم أقرب القبائل إليهم (فمن أحكم هذا الاصل) حال كونه (متأملاً يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والأضداد) اي ومن أضداد هذه المسائل (والله أعلم بالصواب) .



كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية

ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

قـال والوصية غير واجبة وهي مستحبة .

(كتاب الوصايا)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الوصايا ذكرها في آخر الكتاب لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، ونبوت آخر أحوال الآدمي فناسب ذكرها في آخر الكتب وهو جمع وصية ، والوصية والوصايا يقصر إسمان بمعنى المصدر . وسمى الموصي به وصية أيضاً،قال الله ﴿ من بعد وصية توصون بها ﴾ ١٢ النساء ، والوصاية بالكسر مصدرلأوصى والإيصاء طلب شيء من غيره ليعقل على عيب منه حال حياته وبعد وفاته . ومعناهـا في الشرع تمليك مضاف إلى ما بعد الموت سواء كان في المنافع أو في الأعيان وهي مشروعة في الكتاب والسنة والإجماع ، وشرطها كون الموصى اهلاً للتمليك والموصى به من بعد مـالاً قابلاً للتمليك . وشرائطها كثيرة تأتي في اثناء المسائل .

وركنها قوله أوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الألفـاظ المستعملة فيها . وحكمها أن يملك موصى له الموصى به ملكاً جديداً كما يملك بالهبـة وسببها سبب التبرعات والله أعلم

(باب في صفة الوصية)

(ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه)

لما كان الكتاب مشتملاً على الابواب ، والأبواب مشتملة على الفصول ، ذكرها واحداً بعد واحد ، أي هذا باب في بيان صفة الوصية إلى آخره .

(قال) أي القدوري رحمه الله (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) إنما قال مستحبة

والقياس يأبى جوازها ، لانه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته.

بعد نفي الوجوب رداً لقول البعض انها واجبة لأنه لا يلزم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الإباحة وذلك لأن الوصية مشروعة لنا لا علينا ، لما روى الطحاوي باسناده إلى أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال ، قال النبي ﷺ ان الله قد جعل لكم ثلث أموالكم في آخر اعماركم زيادة في أعمالكم ، والمشروع لنا لا يكون فرضاً ولا واجباً، بل يكون مندوباً . وقال ابن عبد البر أجمع أهل العلم على أن الوصية غير واجبة إلا من عليه حقوق بغير بينة وامانته بغير اشهاد إلا طائفة شاذة فاوجبتها روي عن الزهري أنه قال جعل الوصية حقاً مما قل أو كثر .

وقيل لأبي مجلز على كل ميت وصية قال نعم إن ترك خيراً . وقال أبو بكر عبدالعزيز هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون ، وهو قول أصحاب الظواهر . وحكى ذلك عن مسروق وأبا سر وقتادة وابن جريد . وقال بعضهم هي واجبة في حق الوالدين والأقربين لقوله تعالى ﴿ كتب عليكم إذا حضر احدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين ﴾ ۱۸۰ البقرة . قلنا الآية منسوخة بقوله تعالى ﴿ للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ﴾ ۷ النساء ، قاله ابن عباس رضى الله تعالى عنهما . وقال ابن عمر نسختها آية المواريث وبه قال عكرمة ومجاهد ومالك والشافعي وأكثر أئمة التفسير .

وقال أصحابنا نسخت بقوله عليه السلام إن الله أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث ، هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم منهم أبو أمامة الباهلي رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه ابو داود والترمذي وابن ماجة بإسناده اليه أن النبي ﷺ خطب فقال إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث . وقال الترمذي حديث حسن وهو مشهور تلقته العلماء بالقبول ، وقال الاترازي ونسخ الكتاب بمثله جائز عندنا ، وهو حجة على الشافعي حيث يعتقد عدم جواز نسخ الكتاب بالسنة وقد انتسخ بها .

(والقياس يأبى جوازها) أي جواز الوصية (لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته ، ولو أضيف) أي التمليك (أي حال قيامها) إلى قيام المالكية (بان قيل

ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل ملكته غــداً كان باطلاً فهذا أولى ، إلا أنا استحسناها لحاجة الناس إليها ، فإن الانسان معزور بأمله مقصر في عمله ، فاذا عرض له المرض وخــاف البيات يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجـه لو مضى فيـه يتحقق مقصده المالي . ولو أنهضه البرء يصرفــه إلى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ، ومثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة ، كما في قدر التجهيز والدين ، وقد نطق به الكتاب ، وهو قوله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصى بهـا

ملكتك غداً كان باطلا ، فهذا اولى بالبطلان ، إلا أنا استحسناها) أي الوصية (لحاجـة الناس اليها ، فإن الإنسان معزور بأمله مقصر في عمله ، فإذا عرض له المرض وخــاف البيات) أي الهلاك والموت . والبيات اسم يعني البيت ، وهو أن يأتي العدو ليلا (يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط) أي إلى تدارك بعض ماسبق منه من التقصير (بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي ، ولو انهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي،وفي شرع الوصية ذلك) أي تلافي بعض ما فرط منه (فشرعناه) الشارع شرعها (ومثله في الإجارة بيناه) يعني كما أن الوصية لا تجوز في القياس ، وتجوز في الاستحسان ، فكذلك الإجارة لا تجوز في القياس ، لأنها تمليك منفعة معدومة ، ولكنها جوزت استحساناً دفعاً لحاجة الناس .

(وقد تبقى المالكية) جواب عن وجه القياس ، أي قدتبقى بعض المالكية (بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز) أي في تجهيز الميت ، فإن قدر تجهيزه على ملك الميت تقدير الحاجة اليه (والدين) كذلك ، لأن قدر ما عليه من الدين لا يملكه الورثة (وقد نطق به الكتاب) أي وقد نطق بجواز الوصية القرآن (وهو قول الله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصى بهــا أو دين ﴾ ١١ النساء) وكذلك قوله ﴿ إن ترك خــيراً الوصية ﴾ ١٨٠ البقرة .

أو دين ﴾ ١١ النساء . والسنة وهـــو قول النبي عليه السلام إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخــــر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم ، أو قال حيث أحببتم . وعليه إجماع الأمة . ثم تصح للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا ،

(والسنة) أي وقد نطقت به السنة ايضاً (وهو قول النبي ﷺ إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم تضعونها حيث شئتم ، أو قـــال حيث أحببتم) قد ذكرنا عن قريب أن هذا الحديث رواه أبو هريرة وأخرجــه الطحاوي وأخرجه ابن ماجة أيضاً ولفظه تصدق عليـــكم عند وفاتكم بثلث اموالكم زيادة لكم في أعمالكم وروى الدارقطني بإسناده إلى أبي أمامة عن معاذ بن جبل رضى الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالـكم عند وفاتـكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم .

وروى أحمد في مسنده عن أبي الدرداء رضى الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ قال إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم . وروى ابن عدي والعقيلي في كتابيهما (١) عن مكحول عن الصنابحي انه سمع أبا بكر الصديق رضى الله تعـــالى عنه يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول إن الله عز وجل قد تصدق عليكم بثلث اموالكم عند موتكم زيادة في اعمالكم ، واسناده ضعيف .

وروى الطبراني في معجمه بإسناده إلى خالد بن عبيد السلمي رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال إن الله عز وجل أعطاكم عند وفاتكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم انتهى . وانظر التفاوت بين الحديث الذي ذكره المصنف وبين هذه الاحاديث (وعليــه إجماع الأمة) أي على كونه مشروعاً اجمعت الأمة .

(ثم تصح) أي الوصية في الثلث (للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا)

---

(١) هكذا الإسناد في الأصل ، وفيه نقص ، وتصحيحه ... في كتابيهما عن حفص ابن عمر بن ميمون أبي اسماعيل ، مولى علي بن أبي طالب عن ثور بن يزيد عن مكحول عن الصنابحي ، ا هـ مصححه .

وسنبين ما هو الأفضل فيه إن شاء الله تعالى . قال ولا تجوز بما زاد على الثلث لقول النبي ﷺ في حديث سعد بن أبي وقاص «رض» . الثلث والثلث كثير ، بعدما نفى وصيته بالكل والنصف . ولأنه حق الورثة ، وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهـــو استغناؤه

إشارة إلى وجه الاستحسان من المنقول والمعقول (وسنبين ما هو الافضل فيه إن شاء الله تعالى) أي في فعل الوصية أو في قدر الوصية ، أشار بذلك إلى مـــا قال بعد ورقة[1] بقوله ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث .

(قال) أي القدوري (ولا تجوز) أي الوصية (بما زاد على الثلث) وهـــذا عند وجود الورثة بإجماع أهل العلم عند عدم إجازة الورثة ، ويجوز عند إجازتهم (لقول النبي ﷺ) أي لقول النبي ﷺ (في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنـه الثلث والثلث كثير) هذا الحديث أخرجه الائمة الستة في كتبهم عن سعد بن أبي وقاص قال ، قلت يا رسول الله ﷺ إن لي مالاً كثيراً ، وإنما ترثني ابنتي ، أفأوصي بمالي كله ، قال لا ، قال فالثلثين ، قال لا ، قال فبالنصف ، قال لا ، قال فبالثلث ، قال الثلث والثلث كثير (بعدما نفى) أي بعدمـــا نفى النبي ﷺ (وصيته) أي وصية سعد (بالكل) أي بكل المال (والنصف) أي ونصف المال. يدل هذا على عدم الجواز باكثر من الثلث،وإذا لم يكن له وارث تجوز الوصية بالكل ، وبه قال الحسن البصري وشريك القاضي وإسحاق ابن راهوية ، وقال الشافعي ومالك وأحمد وابن شبرمـــة والاوزاعي والحسن بن حي وأبو سليمان وأصحاب الظاهر ليس له أن يوصي بأكثر من الثلث .

(ولأنه) أي ولأن الزائد على الثلث (حق الورثة ، وهذا) توضيح لما قبـــله (لأنه انعقد سبب الزوال اليهم) أي نعقد سبب زوال الملك عنه إلى الورثة ، لأن المرض سبب الموت (وهو استغناؤه عن المال) يعني أن الميت لما استغنى عن المال تعلق حق الورثة به

---

(١) ستكون بعد حوالي ورقتين في نسختنا هذه ، ا هـ مصححه .

عن المال فأوجب تعلق حقهم به ، إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه وأظهره في حق الورثة، لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزاً عما ينفق من الايثار على ما نبينه . وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر ،

ليعود نفعه إلى أقرب الناس منه ، وهو معنى قوله (فأوجب تعلق حقهم به) أي بالمال (إلا أن الشرع) أي غير أن الشرع (لم يظهره) أي لم يظهر الاستغناء (في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه) أشار به إلى ما ذكره في وجه الاستحسان .

(وأظهره) أي وأظهر الاستغناء (في حق الورثة ، لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم) أي على الورثة (تحرزاً) أي احترازاً (عما ينفق من الإيثار) أي من إيثار الموصي بعض الورثة على البعض في الوصية لأنه حينئذ يتأذى البعض الآخر فيفضي ذلك إلى قطع الرحم وهو حرام بالنص (على ما نبينه) إشارة إلى قوله عند قوله بعد هذا ولا يجوز لوارثه ، ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض (وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر) قال الاترازي ولنا في صحة هذا الحديث نظر ومع هذا يروى الحيف بالحاء المهملة المفتوحة وبالياء الساكنة يعني الجور . ويروى بالجيم والنون المفتوحتين يعني الميل ، ومنه قوله تعالى ﴿ فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً ﴾ ١٨٢ البقرة . وفي الحديث إنما يود من جنف الظالم ما ... انتهى .

قلت ذكر الكاكي هذا الحديث وسكت عنه، ولكن قال روى الجيف بالجيم وكذلك الاكمل ذكره ، ولم أر أحداً منهم حرر هذا الموضع ، والحديث لم يثبت ، ولهذا قال المخرج هذا غريب ، يعني لم يثبت ، ثم أخرج عن الدارقطني من حديث ابن عباس عن النبي ﷺ قال الإضرار في الوصية من الكبائر . وأخرجه النسائي موقوفاً . وأخرجه عن ابن عدي بلفظ الحيف في الوصية من الكبائر .

وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث . قال إلا أن يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار ، لأن الامتناع لحقهم وهم أسقطوه . ولا معتبر باجازتهم في حال حياته، لأنها قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت . لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه ، لأن الساقط متلاش .

(وفسروه) أي فسروا الحديث (بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث) يعني كون الحيف من الكبائر في هذين الشيئين .

(قال) أي القدوري (إلا ان يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار ، لأن الامتناع) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث ، أي إلا أن يجيز الوصية بأكثر من الثلث (لحقهم) أي لحق الورثة (وهم اسقطوه) أي الورثة أسقطوا حقهم عند الإجازة (ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته) أي حياة الوصي (لأنها) أي لأن الإجازة (قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت عند الموت ، فكان لهم أن يردوه بعد وفاته) وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور والثوري والحسن بن صالح وشريح وطاووس والحكم وأصحاب الظاهر ، وروى ذلك عن ابن مسعود قال ابن أبي ليلى والزهري وعطاء وحماد بن أبي سليمان وعبد الملك بن يعلى وربيعة ليس لهم أن يرجعوا عن الإجارة سواء كان قبل الموت أو بعده .

(بخلاف ما بعد الموت) أي بخلاف ما اذا كانت الإجارة بعد الموت حيث لا يكون لهم الرد (لأنه) أي لأن الرجوع (ثبوت الحق فليس لهم ذلك) أي الرجوع والنسخة الصحيحة فليس لهم (أن يرجعوا عنه ، لأن الساقط متلاش) قال الأترازي قوله لأن الساقط مثلا متعلق بقوله فكان لهم أن يردوه . وقال الاكمل هذا دليل قوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته ، وتقديره لأن إجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها ، والساقط متلاش ، فإجازتهم مثلا شبهة فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازه في حال حياة المورث .

غاية الأمر أنه يستند عند الاجازة ، لكن الاستناد يظهر في حق القائم ، وهذا قد مضي وتلاشى . ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق . فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله ، والرضي ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة . وكذا

(غاية الامر انه يستند) هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير بأن يقال كيف تكون إجازتهم في غير محله ، مع أن موت الورثة قد تعلق بماله من اول المرض على سبيل التوقف فلما مات ظهر (عند الإجازة) صادفت محلها فكانت إجازتهم في حياته سبب الاستناد، وكاجازتهم بعد موته بسبب الإستناد فأجاب بقوله غاية الأمر أنه يستند عند الاستفناء وفي نسخة شيخي العلاء رحمه الله عند الإجازة قول يفني ويتلاشى .

(لكن الاستناد يظهر في حق القائم) لا الساقط المتلاشي ، وهو معنى قوله (وهذا قد مضى وتلاشى) فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة المورث .

(ولأن الحقيقة) دليل آخر أن حقيقة الملك للوارث (تثبت عند الموت) أي عند موت المورث (وقبله) أي وقبل الموت (يثبت بجرد الحق) أي مجرد حق الملك (فلو استند) ملكه إلى اول المرض (من كل وجه ينقلب) أي الحق (حقيقة قبله) أي قبل الموت ، وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت ، وإنما قيد بقوله من كل وجه دفعاً لوهم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث من اول المرض حق يمنع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين بالمرض بطلان الحق ، هذا جواب عما يقال الإجازة إسقاط من الوارث لحقه برضاه ، فصار كسائر الاسقاطات ، وفيها لا رجوع ، فكذاهذا وتقرير الجواب أن يقال أن (الرضا ببطلان الحق) بعد أن عرف أن ثمة حقاً وحقيقة (لا يكون رضا ببطلان الحقيقة) لأنه رضي ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة ، والرضى ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل التثبت وهو مرض الموت .

(وكذلك إن كانت الوصية للوارث وأجازت البقية فحكمه ما ذكرناه) وهو أن

كانت الوصية للوارث وأجازه البقية فحكمه مـــا ذكرناه . وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا . وعند الشافعي من قبل الوارث ، والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصى ، والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض . فصار كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن .

لا يجوز إجازة الوارث قبل موت الموصى وتجوز بعده (وكل ما جــاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) بكسر القاف وفتح الباء (عندنا . وعند الشافعي من قبل الوارث) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القــدوري إيضاحه اذا اوصى بجميع ماله ، فأجازت الورثة كان تمليكا من الميت ، وكذلك الوصية للوارث وعند الشافعي يكون هبة من الوارث إن بقيت وإلا بطلت ، وبه قال أحمــد في رواية ، واختاره المزني ، وبه قال بعض أصحاب مالك وأصحاب الظاهر ، ولكن الصحيح من مذهب الشافعي وأحمد ومالك كقولنا ، وهو قول جمهور العلماء . وفي مبسوط شيخ الإسلام ثمرة الخلاف تظهر في اشتراط القبول والقبض والتسليم من الوارث لملك المجاز له عندهم شرط كالهبة المبتدأة ، وعندنا ليس بشرط .

(والصحيح قولنا ، لأن السبب صدر من الموصي) وهو انه عقد على ملك نفسه مع تعلق حق الغير ما إذا أسقط الغير حقه بعد العقد من جهته كما لو اوصى وعليه دين فأبرأه الغريم (والإجازة رفع المانع) هذا جواب عن جعل الإجازة خارجاً عن الملك ، يعني أن الإجازة ليست بسبب للخروج عن الملك ، وإنما هو رفع المانـــع عن ثبوت الملك ، والحكم يضاف إلى السبب لا لإزالة المانع .

(وليس من شرطه) أي من شرط إزالة المانع (القبض) وهذا رد لكونها هبة كما قال الشافعي ، فكأنه يقول لو كان هبة لكان القبض شرطاً وهو ممنوع (وصار) مـا نحن فيه (كالمرتهن اذا أجـــاز بيع الراهن) في كون السبب صدر من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبــله وإجازة المرتهن رفع المانـــع وكالمؤجر يبيع المستأجر فيجيزه المستأجر .

ولا تجوز للقاتل عامداً كان أو خاطئاً بعد أن كان مباشراً ، لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل . ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية

(قال) أي القدوري (ولا تجوز) الوصية (للقاتل) وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية ، وهو قول الثوري ايضاً . وقال الشافعي في الأظهر ومالك وأبو ثور وأحمد في المنصوص ، فيصح . وقال الأترازي وعن الشافعي ثلاثة أقوال في قول لا يصح،وفي قول فرق بين الوصية للخارج وبين الخارج بعد الوصية له،فإنه مستعجل لحقه كالإرث كذافي وجيزهم (عامداً كان أو خاطئاً) يعني سواء كان قتل القاتل عمداً كان أو خطأ . وفي بعض النسخ عامداً كان أو خاطئاً ، وكذا في نسخة شيخي العلاء (بعد أن كان مباشراً) إنما قيد بالمباشرة ، لأنه إذا لم يكن مباشراً لا يتعلق به حرمان الميراث وبطلان الوصية كما في حافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (لا وصية للقاتل) .

قال الاترازي ولنا ما قال محمد في الأصل بلغنا عن علي رضى الله تعالى عنه انه لم يجعل للقاتل ميراثاً ، وعن عمر مثله ، وعن علي في الأسرار وغيره انه قال لا وصية لقاتل ولا مخالف له فحل محل الإجماع . وروى عن عبيدة السلماني في كتب التفاسير انه قال لم يورث قاتل بعد صاحب البقرة .

فإن قلت المصنف ذكر الحديث مرفوعاً فما للأترازي ذكره عن علي رضى الله تعالى عنه موقوفاً ، قلت روى الدارقطني في سننه عن مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عتبة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي بن أبي طالب رضى الله تعالى عنهم قال قال رسول الله ﷺ ليس للقاتل وصيه . ثم قال الدارقطني مبشر متروك يضع الحديث . وقال صاحب التنقيح قال أحمد مبشر بن عبيد أحاديثه موضوعة كذاب . قلت فكذلك اقتصر الأترازي على الموقوف .

(ولأنه) أي ولأن القاتل (استعجل ما أخره الله فيحرم الوصية) فيحرم على صيغة

كما يحرم الميراث. وقال الشافعي تجوز للقاتل ، وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا ، وعنده لا تبطل . والحجة عليه في الفصلين ما بيناه . ولو أجازتها الورثـــة

المجهول ، والوصية منصوب ، لأنه مفعول ثابت بقي على حاله ، فالأول قام مقام الفاعل . وكذلك الميراث منصوب في قوله (كما يحرم الميراث) أي كما يحرم القاتل عن مـــيراث الذي قتله .

(وقال الشافعي تجوز) أي الوصية (للقاتل) وبه قال مالك وأحمد «رح» ذكرنا (وعلى هذا الخلاف) المذكور بيننا وبين الشافعي (إذا أوصي لرجل ثم انه) أي إن الرجل الموصى له (قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده) أي عند الشافعي (لا تبطل والحجة عليه) أي على الشافعي (في الفصلين) أي فيما كان القتل قبل الوصية أو بعدهـا (ما قلنا) وفي بعض النسخ ما بيناه ، وهكذا في نسخة شيخي العلاء رحمه الله أي من الحديث المذكور ، فإنه بإطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها ، وما قاله عن المعقول الذي ذكره واعترفوا عليه بأنه صحيح إذا كان القتل بعد الوصية ، فأما إذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثمة .

وأجيب بجعل الجارح مستعجلاً وإن تقدم جرحه على الوصية كما ذكر شيخ الإسلام أن المعتبر في كون الموصى له قاتلاً أو غير قاتل لجواز الوصية وفسادهـــا يوم الموت لا يوم الوصية ، فالنظر إلى وقت الموت كان الوقت مؤخراً عن الوصية . وقال الأكمل واعترض نقض إجمالي بأن ما ذكرتم لو صح بجميع مقدماته لما أعتق المدبر إذا قتل مولاه أن التدبير وصية ، ولكن لا يصح للقاتل .

أجيب بأن عتقه من حيث أن موته جعل شرطاً لعتقه ، وقـد وجد ذلك . ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته ، لأن تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد ، فيرد من حيث المعنى بإيجاب السعاية .

(ولو أجازتها الورثة) أي ولو أجاز الورثة الوصية القاتل (جـاز عند أبي حنيفة

جاز عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف لا تجوز ، لأن جنايته باقية والامتناع لأجلها . ولهما أن الامتناع لحق الورثة ، لان نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث ، ولأنهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم . قال ولا تجوز لوارثه لقوله عليه السلام إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث ، ولأنه يتأذى البعض بايثار البعض ، ففي تجويزه قطيعة الرحم . ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ،

ومحمد «رح» . وقال أبو يوسف لا تجوز ، لأن جنايته باقية ، والامتناع) أي الامتناع من الجواز (لأجلها) أي لأجل الجناية .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد « رح » (أن الامتناع لحق الورثة ، لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث ، ولأنهم لا يرضونها) أي الوصية (للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم) أي لأحد الورثة ، وهي الوصية لأحدهم إذا أجاز البقية نفذت . وكذا القاتل .

فإن قيل ما الفرق بينها وبين الميراث إذا جازت الوصية حيث صحت الوصية دون الميراث ، أجيب بأن الإجازات تصرف من العبد فيعمل فيما كان من جهة العبد، والوصية من جهة العبد فيعمل بخلاف الميراث ، فإنه من جهة الشرع لا منع للعبد فيه فلا يعمل فيه فلا تصرف للعبد .

(قال) أي القدوري (ولا تجوز لوارثه) أي لا تجوز الوصية من المورث لوارث (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (إن الله أعطى كل ذي حق حقه ، ألا لا وصية لوارث) هذا الحديث روى عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم منهم أبو أمامة الباهلي وقد ذكرناه في أوائل الكتاب .

(ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض ، ففي تجويزه قطيعة الرحم . ولأنه) أي باختيار البعض في الإيصاء له بشيء (حيف) أي جور (بالحديث الذى رويناه) وهو قوله فيما

ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية ، لانه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، وحكمه يثبت بعد الموت . والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية ، لانها وصية حكماً حتى تنفذ من الثلث وإقرار المريض للوارث على عكسه . لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار .

مضى عن قريب قد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر (ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية ، لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، وحكمه يثبت بعد الموت) وفائدته تظهر فيمن اوصى لأخيه ولا ابن له ، ثم ولد له ابن فمات الموصي تصح الوصية ، ومن أوصى لأخيه وله ابن ثم مات الابن فمات الموصي تبطل الوصية . وفي قاضي خان اوصى لثلاث إخوة متفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية لأنهم لا يرثون مع الأبن ، وإن كان له بنت مكان الابن جازت الوصية لأخ لأب ولأخ لأم ، ولا يجوز لأخ لأب وأم لأنه يرث مع البنت ، وإن لم يكن له ابن ولا بنت الوصية كلها للأخ لأب ، لأنه لا يرثه وتبطل الوصية لاخ لأب وأم ، ولاخ لام لانهما يرثانه ، وكذا لو مات الابن والبنت .

(والهبة من المريض للوارث في هذا) أي في هذا الحكم (نظير الوصية) أي لأن الهبة والتذكير باعتبار الوصية (لانها وصية حكماً) أي من حيث الحكم (حتى ينفذ من الثلث) يعني كما أن في الوصية للوارث يعتبر كونه وارثاً وقت الموت فكذلك في هبة المرتهن مرض الموت للورثة يعتبر كونه وارثاً بعد الموت ، لان هبته جعلت وصية من حيث الحكم بدليل انها تنفذ من الثلث إذا كانت للأجنبي فالوصية للأجنبي فنفذ من الثلث ، فكانت الهبة تمليكاً مضافاً إلى بعد الموت .

(وإقرار المريض للوارث على عكسه) أي على عكس الحكم في الهبة ، يعني يعتبر كونه وارثاً عند الإقرار لا عند الموت (لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الإقرار) لا وقت الموت ، ولهذا لو أقر في مرض الموت لاجنبي بدين يصح من جميع المال وذكر

قال إلا أن تجيزها الورثة . ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه .
ولان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم .

في النهاية أن اعتبار وقت الإقرار دون الموت ليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا كان كونه وارثاً بسبب حادث . وأما إذا كان كونه وارثاً بسبب كان وقت الإقرار فيعتبر كونه وارثاً وقت الموت أيضاً ، ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فأعتق فمات الاب صح الإقرار ، لان وارثته تثبت بسبب حادث وهو الاعتاق ، وقبله كان عبداً أو كسب العبد لمولاه فهذا إقرار في المعنى حصل للمولى وهو أجنبي فلاتبطل بصيرورة الابن وارثاً بسبب حادث . ولو أقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثاً بطل إقراره عندنا لأنه لما كان وارثاً بسبب قائم وقت الإقرار تبين أن إقراره حصل لوارثه ، وذلك باطل انتهى .

وقال الأكمل رحمه الله أرى أن إطلاق المصنف رحمه الله يغني عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر إقرار المريض كونه وارثاً عند الإقرار ، والعبد ليس بوارث عند الإقرار لكونه محروماً فلا يكون اقراراً للوارث وكلامه منافياً والأخ ليس بمحروم ، فيكون وارثاً عند الإقرار ، وإن كان محجوباً والإقرار للوارث باطل .

(قال) أي القدوري (إلا أن يجيزها الورثة) هذا استثناء من قوله ولا تجوز الوصية لوارث إلا أن يجيزها الإيصاء للورثة ، فحينئذ يصح . وقال المصنف (ويروى هذا الاستثناء) أي الاستثناء الذي ذكره القدوري (فيما رويناه) أي في الحديث الذي رويناه وهو قوله عليه السلام إن الله اعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث إلا ان يجيزها .. رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن رسول الله ﷺ هكذا .

قال الكاكي ورواه عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ هذا ، أي رواه الدارقطني ايضاً ، هكذا عن عبدالله بن عباس رضى الله تعالى عنهما . وقال الاترازي وفيه نظر وسكت ، ولم يبين وجه النظر فكأنه رأى في موضع أن هذا ضعيف فاقتصر على ما قاله قلت لفظ الدارقطني أن النبي ﷺ قال في خطبة يوم النحر لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة ، وفي اسناده حبيب بن الشهيد قال ابن عدي بعد أرجو أن حبيب بن الشهيد مستقيم الرواية .

(ولأن الامتناع لحقهم) أي امتناع الوصية لحق الورثة (فيجوز بإجازتهم) لعدم

ولـو أجـــاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقـدر حصته لولايته عليه ، وبطل في حق الراد . قال ويجوز أن يوصي المسلم للـكافر والكافر للمسلم ، فالاول لقوله تعالى ﴿ لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين﴾ .. الآية ٨ الممتحنة . والثاني لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات . ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة ، فكذا بعد الممات . وفي الجامع الصغير الوصيـــة لاهل الحرب باطلة ، لقوله تعالى ﴿ إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم

المانع (ولو أجاز بعض) أي بعض الورثة (ورد بعض) أى لم يجز (تجوز على المجيزبقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد) لعدم رضاه .

(قال) أى القدوري (ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم) أراد بالكافر الذمي لا الحربي ، لأن الحربي لا يجوز له الوصية على ما يأتي (فالأول) وهو وصية المسلم للكافر (لقوله تعالى ﴿ لا ينهاكم الله عن الذين لم يقـــاتلوكم في الدين ﴾ الآية ٨ الممتحنة) لأنهم إذا لم يخرجوكم من دياركم ولم يؤذوكم فهذا بر منهم فالعدل معهم أن تبروهم انتم أيضاً بحسن المعاشرة والصلة بالمال ، كذا في التفسير والوصية لهم بالمال من العين، فكانت جائزة . وقال الفقيه ابو الليث « رح » في كتاب نكت الوصايا . وروى عن صفية بنت حي ابن زوجة رسول الله ﷺ أوصت بثلث مالها لأخيها وهو يهودي، وكان ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكروا عليها .

(والثاني) وهو وصية الكافر للمسلم (لانهم) أى أن أهل الذمة (بعقد الذمـــة ساووا المسلمين في المعاملات ، ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة ، فكذا بعـد الممات) وهذا لا خلاف فيه لاهل العلم . وأما وصية المسلم لاهل الحرب فقـــد أشار اليه بقوله (وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة) وبه قال بعض أصحاب الشافعي «رح» . وقال مالك واحمد وأكثر أصحاب الشافعي يجوز (لقوله تعالى ﴿ إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين ﴾ .. الآية ٩ الممتحنة)﴿ وأخرجوكم من دياركم وظاهروا

في الدين ﴾ ... الآية ٩ الممتحنة . قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له حال حياته أو ردها فذلك باطل ، لان أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه بـــه فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد . قال ويستحب أن يوصي الانسان بـــدون الثلث ، سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ، لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم ، بخلاف استكمال الثلث ، لانـه استيفاء تمام

على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون ﴾ . قالوا في شرح الجامع الصغير ما يدل على الجواز . وذكر محمد في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم .

ووجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي أن يفعل ، وان فعل ثبت الملك لهم لانهم من أهل الملك ، وأما وصية الحربي بعدما دخل دارنا بأمان فإنهـا جائزة ، لان له ولاية تمليك ماله في حياته . فكذا بعد وفاته على انه لا فرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله لان منع المسلم في ذلك منهى عما زاد على الثلث لحق ورثة المسلمين ، لانه معصوم عن الإبطال وورثة الحربي ليس كذلك .

(قال) أي القدوري (وقبول الوصية بعد الموت ، فإن قبلها الموصى له في حـــال حياته أو ردها فذلك باطل ، لان أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به ، فـلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد) ألا ترى انه لو قال لامرأته أنت طالق غداً على الف فالقول والرد منها يعتبر بعد مجيء الغد

(قال) أي القدوري (ويستحب أن يوصي الإنسـان بدون الثلث ، سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء) ولا يعلم فيه خلاف لقوله ﷺ لان تدع ورثتك اغنياء ... الحديث . وعن أبي بكر وعن عمر رضي الله تعالى عنهما أنهما قالا لان يوصي بالخمس أحب إلي من أن يوصى بالربـع ، ولان يوصي بالربـع أحب إلي من ان يوصى بالثلث (لان في التنقيص) أي من الثلث (صلة القريب بترك ماله عليهم ، بخلاف استكمال الثلث ، لانه استيفاء تمام

حقه، فلا صلة ولا منة .ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها .
قالوا إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما
فيه من الصدقة على القريب ، وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على
ذي الرحم الكاشح . ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا .
وإن كانوا أغنياء ويستغنون بنصيبهم فالوصية أولى ، لانه يكون
صدقة على الاجنبي ، والترك هبة من القريب ، والاولى أولى ،

حقه ، فلا صلة ولا منة) لان الموصي إذا استوفى تمام حقه الذى هو الثلث لا يبقى له منه
شيء في ورثته ، ولا إيثار بالصلة .

(ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها . قالوا) أي المشايخ (إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى ، لما فيه من الصدقة على القريب . وقد قال عليه السلام) أي قال النبي ﷺ (أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح) هذا الحديث رواه الإمام أحمد في مسنده عن أبي أيوب الأنصاري عن النبي ﷺ ولفظه أن أفضل الصدقة... ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام في كتاب الأموال عن أبي هريرة أن النبي ﷺ سئل أي الصدقة أفضل ، فقال الصدقة على ذي الرحم الكاشح ، انتهى . والكاشح الذي يخفي عدوانه في كشحه ، والكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع ، وإنما الصدقة عليه أفضل لما فيه من مخالفة النفس وقهرها . وكذلك في ذي الرحم الصديق .

ثم أعلم أن الأفضل أن يجعل وصية لأقاربه الذين لا يرثون إذا كانوا فقراء ، وعليه أهل العلم . وقال ابن عبد البر لا خلاف فيه بين العلماء . وعن طاووس والضحاك تنتزع من الغير وترد إلى قرابته . وعن الحسن وجابر بن زيد يعطى الثلث للغير ويرد الباقي إلى قرابته.

(ولأن فيه) أي في ترك الوصية إذا كانت الورثة فقراء (رعاية حق)النفس(الفقراء والقرابة جميعاً ، وإن كانوا أغنياء ويستغنون بنصيبهم) من الإرث (فالوصية أولى ، لأنه يكون صدقة) أي لأن الإيصاء بالثلث حينئذ بمنزلة الصدقة (على الأجنبي والترك) أي ترك الوصية بالثلث يكون (هبة من القريب ، والأولى أولى)أي الصدقة على الأجنبي

لأنه يبتغي بها وجه الله تعالى . وقيل في هذا الوجه يخير الموصى لاشتمال كل منهما على فضيلة ، وهو الصدقة أو الصلة، فيخير بين الخيرين . قال والموصى به يملك بالقبول ، خلافاً لزفر ، وهو أحد قولي الشافعي . هو يقول الوصية أخت الميراث ، إذ كل منهما خلافة لما أنه انتقال ،

أفضل (لأنه يبتغى بها وجه الله تعالى) لأنها صدقة في حياته .

(وقيل في هذا الوجه) وهو ما إذا كانت الورثة أغنياء يستغنون بنصيبهم (يخير الموصى لاشتمال كل منهما) أي من الوصية والترك (على فضيلة وهو) أي اشتمال الفضيلة (الصدقة) في حق الأجنبي (أو الصلة) في حق الورثة ، فإذا كان كذلك (فيخير بين الخيرين) بكسر الخاء، يعني بين الخيارين . وفي شرح الطحاوي الأفضل لمن كان له مال قليل أن لا يوصى بشيء إذا كانت له ورثة ، والأفضل لمن كان له مال كثير أن لا يجاوز الثلث فيما لا معصية فيه .

وفي خلاصة الفتاوى عن الإمام الفضلي إذا كانت الورثة صغاراً فترك الوصية أفضل ، قال هكذا روي عن أبي يوسف «رح» . وإن كانوا بالغين إن كانوا فقراء ويستغنون بثلثي التركة فالوصية أفضل . وقدر الاستغناء عن أبي حنيفة «رح » إذا ترك لكل واحد من الورثة أربعة آلاف . وفي الموضع الذى أراد أن يوصي ينبغي أن يبدأ بالقرابة ، فإن كانوا أغنياء فالجيران .

(قال) أى القدوري (والموصى به يملك بالقبول) تملك على صيغة المجهول ، وبه قال جمهور العلماء إذا كانوا بالغين يمكن القبول منه . أما إذا كان لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن حصره كبني هاشم أو على مصلحة مسجد أو حج لم يفتقر إلى قبول ، ولزمت بمجرد الموت ، لأن الوصية لهم كالوقف عليهم (خلافاً لزفر « رح ») فإن عنده لا يتوقف على القبول (وهو) أى قول زفر (أحد قولي الشافعي «رح»)وهو قول غير مشهور عنه .

(هو) أي زفر «رح» (يقول الوصية أخت الميراث ، إذ كل منهما خلافه) أى لأن

ثم الارث يثبت من غير قبول ، فكذلك الوصية . ولنا أن الوصيه إثبات ملك جديد ، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله . أما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام ، فيثبت جبراً من الشرع من

كل واحد من الوصية والميراث خلافــة بعد الموت (لما أنه انتقال) أي لما أن كل واحد من الإرث والوصية انتقال المال (ثم الإرث يثبت من غير قبول) فلا يرتــد بالرد (فكذلك الوصية) .

(ولنا أن الوصية إثبات ملك جديد ، ولهـــذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب) يعني لو أوصى بجميع ماله لإنسان ثم باع شيئاً من التركة ووجد المشتري بـــه عيباً لا يرده على الموصى له. ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لتثبت ولاية الرد في الصورتين جميعاً ، كما في الوارث (ولا يملك أحـــد اثبات الملك لغيره إلا بقبوله) ورضاه .

ألا ترى أنه لو أوصى بثلث تراب في داره ، فلو ملكه الموصى له من غير رضاه لحقه ضرر بفعل الموصى ، لأنه يلزمه نقله من بيته وهو لا يجوز . وذلك لأن نفوذ الوصيـــة لمنفعه الموصى له ، ولو أثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر،فإنه لو أوصى له بعبد أعمى وجب عليه نفقة بلا منفعة تعود اليه ، وأمثال هذا كثيرة .

(أما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الأحكام) أشار به إلى قوله ولهـــذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد بالعيب (فيثبت) أي الخلافة في الميراث (جبراً من الشرع من غير قبول) الوارث ، أي من غير اختيار منه شيئاً أو أبى ، وفي الوصيـــة للموصى له الخيار ، ولهذا يرتد بالرد ، ولما ارتدت بالرد وافقت على القبول كالبيع والهبة. ثم القبول على ضربين قبول بالصريح وقبول بالدليل ، فالصريح أن يقول بعد موت الموصي قبلت ، والدليل أن يموت الموصى له قبل القبول والرد بعـــد موت الموصى ، فيكون موته قبولاً لوصيته ، ويكون ذلك ميراثاً لورثته .

(قال) أي القدوري (إلا في مسألة واحدة) هذا استثناء من قوله والموصى بـــه

غير قبول . قال إلا في مسألة واحدة وهي أن يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحساناً . والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك موقوف على القبول ، فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع . وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته وإنما توقفت لحق الموصى له . فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الاجازة . قال ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية ، لان الدين مقدم على الوصية ، لانه أهم الحاجتين ، فانه فرض والوصية تبرع وأبداً يبدأ

يملك بالقبول ، يعني في المسألة المستثناة يملك بدون القبول (وهي أن يموت الموصي ثم الموصى له قبل القبول ، فيدخل الموصى بــه في ملك ورثته استحساناً ، والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك) أى ملك الموصي (موقوف على القبول) وقــد فات القبول بالفوت فبطلت الوصية (فصار) حكم هــذا (كموت المشترى قبل قبوله بعد إيجاب البائع) .

(وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته ، وإنما توقفت لحق الموصى له ، فإذا مات دخل في ملكه) لأن موته بـلا رد دليل القبول نظيره (كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشترى إذا مات قبل الإجازة) فان البيع يتم وتكون السلعة موروثة عن المشترى ، فكذا هنا يكون الوصية موروثـة عن الموصى له .

(قال) أى القدورى (ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية ، لأن الدين مقدم على الوصية ، لأنه أهم الحاجتين، فانه) أى فان الدين (فرض) أي أداؤه (والوصية تبرع . وأبـداً يبدأ بالاهم فالاهم ، إلا أن تبرئه الغرماء) أى أصحاب الديون (لانــه لم

بالاهم فالاهم ، إلا أن يبرأه الغرماء ، لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته إليها . قال ولا تصح وصية الصبي . وقال الشافعي تصح إذا كان في وجوه الخير ، لأن عمر رضي الله عنه أجاز وصية يفاع أو يافع ، وهو الذي راهق الحلم .

يبق الدين فتنفذ الوصية) حينئذ (على الحد المشروع) وهو الوجه الذى ذكره ، وهو أن الورثة إما أن يكونوا فقراء أو أغنياء (لحاجته إليها) أى لحاجة الموصي الميت إلى الوصية . وقال الزمخشرى إنما قدم الوصية على الدين في قوله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾ ١١ النساء ، مع أن الدن مقدم شرعاً ، لما أن الوصية مشبهة للميراث في كونها مأخوذة من غير عوض، فكان إخراجها مما يشق على الورثة ولا يطيب أنفسهم بها ، فكان أداؤها مظنة للتفريط . بخلاف الدين و إن نفوسهم مطمئنة إلى أدائه، فكذلك قدمت على الدين بعثاً على المسارعة إلى إخراجها ووجوبها مع الدين ، و كذلك جنى بكلمة أو لتسوية بينهما في الوجوب .

(قال) أي القدوري (ولا تصح وصية الصبي) سواء مات قبل الادراك أو بعده وبه قال الشافعي «رح» في قوله واصحاب الظواهر وهو قول ابن عباس والحسن ومجاهد رحمهم الله.

(وقال الشافعي «رح» تصح) أى وصية الصبي (إذا كان في وجوه الخير) وبه قال مالك وأحمد وهو قول الشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز وشريح وعطاء والزهرى وإياس وعبد الله بن عيينة . وقال ابن الجلاب البصرى المالكي في كتاب التفريع وصية الصبي المميز جائزة . وقال الغزالي في وجيزه ولا تصح الوصية من المجنون والصبي الذى لا يميز ، وفي الصبي المميز قولان .

(لان عمر «رض» أجاز وصية يفاع أو يافع ، وهو الذي راهق الحلم) روى مالك في الموطأ عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن ابيه أنه قيل لعمر بن الخطاب «رض» أن هاهنا غلاماً يافعاً لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال ، وليس ها هنا إلا إبنة عم له ، فقال عمر «رض» فليوص لها ، فأوصى لها يافعاً لو لم يبرأ جسمه ، قال عمر «رض» فبيعت بثلاثين ألف درهم، وإبنة عمه هى أم عمرو بن سليم . ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن يحي بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم

ولأنه نظر له بصرفـــه الى نفسه في نيل الزلفى . ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا أنه تبرع والصبي ليس من أهله . ولأن قوله غير ملزم ، وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله ، والأثر محمول على أنه كان قريب

عن عمرو بن سليم العافي أوصى وهو إبن عشر سنين أوثنتي عشرة ببئرله قومت بثلاثين ألفاً فأجاز عمر «رض» وصيته . وقال البيهقي عمرو بن سليم لم يدرك عمر « رض » ، إلا أنه لم ينسب بصاحبه العصبة [١] .

قوله يفاع بفتح الياء آخر الحروف وبالفاء المخففة وبعد الألف عين مهملة . وفي الجمهرة غلام يفع ويافع ويفعه وقد أيفع يوفع إيفاعـــاً إذا تحرك وشب . والجمع إيفاع ويفاع قطعة من الجبل والعلة إيفاء فوقع عما حولها . وقال الكاكي غلام يفاع بمعنى يافع وجمعه يفعان ، ولا يقال صبي ولا يوفع وهو من النوادر . قلت ذكر في كتاب خلق الإنسان عن أبي عبيد قال بعضهم الحرور واليافع والمترعرع واحـد . وإذا لم يبلغ الصبي الحلم قيـل غلام يافع وجمعه أيفاع . وقال أبو عبيد قال الكسائي وهو على غير قياس ، والقياس أن يقال يوفع ، ويقال غلام يفعه .

(ولأنه) أى ولأن إيصاء الصبي (نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى) أى القرب إلى الله تعالى والدرجة العليا (ولو لم تنفذ) أيصاؤه (يبقى) ماله (على غيره) أى على غير الصبي ، ولو نفذت يبقى ماله على نفسه حيث يكون له الثواب بالوصيـة بماله فكانت الوصية أولى .

(ولنا أنه) أى ان إيصاؤه (تبرع ، والصبي ليس من أهله) أى من أهل التبرع ، ولهذا لا يملك التبرع بماله في حال الحياة بالإجماع بالهبة أو الصدقة ، فكذلك لا يملكه بطريق الوصية أيضاً قياساً على الإعتاق .

(ولأن قوله غير ملزم . وفي تصحيح وصيته قول بإلزام قوله) لأن الوصية لازمة بعد الموت (والأثر) أى الاثر الذي روى عمر بن الخطاب «رض» (محمول على أنه كان قريب

---

(١) هكذا الكلام في الأصل .

العهد بالحلم مجازاً ، أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه ، وذلك جائز عندنا ، وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه .

العهد بالحلم مجازاً) أي من حيث المجاز ، يعني كان بالغاً لم يمض على بلوغه زمان كثير مثله يسمى بالغاً مجازاً تسمية للشيء باسم ما كان عليه (أو كانت وصيته) جواب ثان عن الأثر المذكور ، أي أو كانت وصية يفاع المذكور (في تجهيزه وأمر دفنه ، وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته) هذا جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى (كما بيناه) أي عن قريب من قوله وإن كانت الورثة فقراء ... إلى آخره .

وقال الاترازى وفي الجواب عن حديث عمر « رض » تخبيط جواب المشايخ ، وبين ذلك بالجوابين اللذين ذكرهما المصنف «رح» ، ثم قال وفيهما نظر عندي ، لانه صرح الراوي بأنه أوصى لإبنة عم له بمال ، فكيف يسمى ذلك وصيته تجهيز نفسه . وكيف يقال يحتمل أنه كان أدرك ، لكن سمي غلاماً مجازاً لانه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً يحتلم انتهى . قلت نسبة التخبيط في هذا إلى نفس الامر إلى المصنف ، لان الوجهين المذكورين هو الذى ذكرها . وأجاب الاكمل عنه بقوله بأن قوله كان غلاماً محتلم ، يعني اليافع حقيقة ، فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه. وقوله أنه أوصى لابنة عم له بماله لا ينافي أن يكون فيما يتعلق بتجهيزه ودفنه ، انتهى .

وقال الاترازى « رح » الجواب الصحيح وطول فيه ، وملخصه أن من أدرك عصر الصحابة من التابعين كسعيد بن المسيب والحسن والشعبي والنخعي يعتد بخلافه في إجماع الصحابة حتى لا يتم إجماعهم مع خلافه ، ثم روى أصحابنا في كتبهم عن الشعبى والنخعي والحسن أنهم قالوا لا تجوز وصية المراهق فبطل الإحتجاج بالاجماع ، لانه لا إجماع للصحابة مع خلافهم ، فبقي تعليل الصحابي ، وهو ليس بواجب عند الخصم ، فكيف يحتج به على غيره ، انتهى . والجواب الصحيح ما قاله الطحاوى ، والاحتجاج بهذا الاثر لا يصح من الشافعي لانه مرسل ، لان رواية عمرو بن سليم وهو ممن لم يلق عمر «رض» وأبلغ من هذا ما قاله ابن حزم أن هذا الاثر لم يصح عن عمر «رض» وخالفه ابن عباس « رض » ،

والمعتبر في النفع والضرر النظر إلى أوضاعِ التصرفات لا إلى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فإنه لا يملكه ولا وصيـة . وإن كان يتفق نافعاً في بعض الأحوال . وكذا إذا أوصى ثم مات بعـــد الإدراك لعدم الأهلية وقت المباشرة . وكذا إذا قال إذا أدركت فثلث مـالي لفلان وصية لقصور بأهليته ، فلا يملكه تنجيزاً وتعليقاً كما في الطلاق

وهو أيضاً مخالف لقوله تعالى ﴿ وابتلوا اليتامى ﴾ . . الآية ، فإنها تـدل على أن الصبي ممنوع من ماله . وفي المبسوط والمرسل وإن كان مقبولاً عندنا لكنه خالف عموم قوله عليه‌السلام رفع القلم عن ثلاث ... الحديث . قال الأكمل وفيــه نظر ، لأن المراد بالقلم التكليف ، وما نحن فيه فليس منه فليتأمل .

(والمعتبر في النفع والضرر) هذا تنزل في الجواب كأنه يقول سلمنا أن الوصية يحصل الثواب دون تركها ، لكن المعتبر بـه في النفع والضرر (النظر إلى أوضاع التصرفات) يعني يعتبر في التصرفات أصل الوضع لا الأحوال ، والوصية في أصل الوضع مزيل للملك وقد يقع النفع فيها في بعض الأحوال ، وقد لا يكون فيه نفع كان أوصى لفـاسق ينفق ذاك المال في الفسق ، وهذا إعانة على المعصية لا ينبغي في نيل الزلفى (لا إلى ما يتفق بحكم الحال) يعني لا النظر إلى ما يتفق بحكم الحال من العوارض اللاحقة (اعتـبره) أي اعتبر ما ذكرنا (بالطلاق فإنه) أي فإن الصبي (لا يملكه) أي لا يملك طلاقه وإن طلق (ولا وصية . وإن كان يتفق نافعـا في بعض الأحوال) أي ولا يملك وصيته أيضاً وإن نصب مانعاً في بعض الأحوال بأن يطلق امرأة معسرة شرعا ويتزوج بأختها الموسرة الحسنى ، أو يطلقها بأن كانت زانية سليطة ويتزوج بالصالحة ، لأن ذلك من العوارض والوصية في الأصل تبرع ، والصبي ليس من أهله .

(وكذا إذا أوصى) أي الصبي بوصية (ثم مات بعد الإدراك لعـدم الأهلية وقت المباشرة) أي وقت مباشرة الوصية (وكذا إذا قال إذا أدركت فثلث مالي لفلان وصية) لا يجوز (لقصور أهليته فلا يملكه) أي الإيصاء (تنجيزاً وتعليقاً) أي من حيث التنجيز

والعتاق . بخلاف العبد والمكاتب لأن أهليتها مستتمة ، والمانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوطه . قال ولا تصح وصية الكاتب وإن ترك وفاء ، لأن ماله لا يقبل التبرع . وقيل على قول أبي حنيفة لا تصح . وعندهما تصح رداً لها إلى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك ، والخلاف فيها معروف عرف في موضعه ، قال وتجوز الوصية للحمل

كما في الوجه الأول ، ومن حيث التعليق كما في الوجه الثاني (كما في الطلاق والعتاق)حيث لا يملكها تنجيزاً ولا تعليقاً .

(بخلاف العبد والمكاتب) يعني إذا قال العبد أو المكاتب إذا أعتقت فثلث مالي وصية يصح (لأن أهليتها مستتمة) أي تامة (والمانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوطه) أي سقوط المانع .

(قال) أي القدوري (ولا تصح وصية الكاتب وإن ترك وفاء ، لأن مـاله لا يقبل التبرع) ولهذا لا يصح عتقه وهبته (وقيل على قول أبي حنيفة «رح» لا تصح ، وعندهما تصح رداً لها) أي قياساً لهذه المسألة (إلى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك ، والخلاف فيها معروف عرف في موضعه) أي من باب الحنث في تملك المكاتب والمأذون في ايمان الجامع الكبير وما عرف ثمـة هو أن المكاتب إذا قال كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر فعتق فملك لم يعتق عند أبي حنيفة، وعتق عندهما.

لهما أن ذكر الملك إلى ملك الظاهر للاعتاق وهو ما بعد الحريـة . ولأبي حنيفة أن للمكاتب وعين من الملك أحدهما إلى ظاهر ، وهو ما قبل العتاق . والثاني غير ظاهر وهو ما بعد العتاق فيضرب اليمين الظاهر دون غير الظاهر .

(قـال) أي القدوري (وتجوز الوصية للحمل) مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة (وبالحمل) كما إذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المـولى (إذا

وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية . أما الأول فلأن الوصية استخلاف من وجه ، لأنه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الإرث ، فكذا في الوصية إذ هي أخته ، إلا أنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك . بخلاف الهبة لأنها تمليك محض ولا ولاية لأحد عليه ليملكه شيئاً . أما الثاني فلأنه بعرض الوجود إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية ، وبابها أوسع

وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أراد أنه إذا علم أنه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له أو به ، ومعرفة ذلك بأن جاءت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المصنف وصححه الأسبيجابي في شرح الكافي من وقت موت الموصي على ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث رحمه الله عليهم ، واختاره صاحب النهاية .

(أما الأول) وهو الوصية للحمل (فلأن الوصية استخلاف من وجه) دون وجه (لأنه يجعله خليفة في بعض ماله) بعد موته إلا أنه يملكه في الحال (والجنين صلح خليفة في الإرث ، فكذا في الوصية إذ هي أخته) أي لأن الوصية أخت الإرث إلا أنه جواب عما يقال لو كانا أختين لما جاز ردها كما لم يجز رده ، وتقرير الجواب هو قوله (إلا أنه) أي إن فعل عقد الوصية أو الإيصاء (يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك) دون الميراث تقدم ذلك فيه .

(وبخلاف الهبة) متصل بقوله وتجوز الوصية بالحمل ، يعني أن الهبة بالحمل لا تصح (لأنها) أي لأن الهبة (تمليك محض) والجنين ليس بصالح لذلك (ولا ولاية لأحد عليه) أي على الجنين (ليملكه شيئاً) لانه لا حاجة له قبل الانفصال.

(وأما الثاني) وهو الوصية به (فلأنه) أي الحمل (بعرض الوجود) أي بعرضية الوجود (إذ الكلام فيما إذا علم وجوده إلى وقت الوصية) فإن وضع المسألة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت ، وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة ولقائل أن يقول في كلام المصنف تناقض ظاهراً لأنه لا يعلم وجود شيء إلا بعد أن يصير

لحاجة الميت وعجزه ، ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة ، فلأن تصح في الموجود أولى . قال ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء ، لأن إسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً ، فإذا أفرد الام بالوصية صح إفرادها .

موجوداً ، وإذا كان موجوداً ، لا يكون بعرض الوجود . والجواب أن معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح الورود القبض عليه ومعنى قوله إذا علم وجوده حقيقة ، وكونه في بطن الأم فاندفع التناقض (وبابها) أي باب الوصية (أوسع لحاجة الميت وعجزه ، ولهذا) أي ولأجل ذلك (تصح) أي الوصية (في غير الموجود كالثمرة ، فلأن تصح في الموجود اولى) إيضاح ذلك فيما قاله الكرخي في مختصره في رجل أوصى له بثمرة بستان وهو يخرج من الثلث ثم مات فإن أبا حنيفة قال في ذلك إن كان فيه ثمرة فليس له إلا تلك الثمرة ، وإن لم يكن فيه ثمرة ثمرته أبداً من الثلث . وإن أوصى بغلته فله غلته أبداً من الثلث ، لأن الغلة على الابد والثمرة على القائمة بعينها ليس له غيرها . وإن كان البستان ليس له مال غيره وأوصى بغلته لرجل أبداً وفيه ثمرة أو ليس له فيه ثمرة فهو سواء ، له ثلث الثمرة التي فيه ، وثلث ما يستقبل من ثمره .

(قال) أي القدوري (ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء) يعني تكون الجارية للموصى له بها ، ويكون الحمل للورثة (لان إسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً) أي من حيث اللفظ ، أي من حيث اللغة ، لانه لا يفهم منها فإذا كان كذلك صح إقرار الام بالايصاء باستثناء الحمل (ولكنه يستحق بالاطلاق تبعاً) هذا جواب عما يقال لا نسلم أن إسم الجارية لا يتناول الحمل ، فإنه لو لم يبين استحقه الوصي له . ولو لم يتناول لما استحقه كغيره من أمواله . وتقرير الجواب بأنه يستحق الحمل بالاطلاق ، يعني لم يتناوله بالعموم ، بل يستحق إذا أطلق الموصى عن قيد الافراد .

(فاذا أفرد الام بالوصية صح إفرادها) يعني إذا أفرد الام لم يبق مطلقاً بل تقيدت

ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه ، وهذا هو الأصل أن ما يصح إفراده بالعقــد يصح استثناؤه منه ، إذ لا فرق بينهما . ومالا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مر في البيوع

قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية، لانه تبرع لم يتم فجــاز الرجوع عنه كالهبة ، وقد حققناه في كتاب الهبــة . ولان القبول يتوقف على الموت ، والايجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع

الام بالافراد فصحت الوصية بها لا مفردة(ولانه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه منه) ولهذا لو قال لفلان علي ألف درهم إلا قفيز حنطة صح الاستثناء وإن كان صدر الكلام لا يتناولها (إذ لا فرق بينهما) أي بين صحته إفراد العقد عليه ، وبين الاستثناء ، لان كل واحد منهما يتعلق بكونه معلوماً (وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه) كما في شراء جارية إلا حملها (وقد مر في البيوع) أي في باب البيع الفاسد .

(قال) أي القدوري (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية ، لانه) أي لان الوصية على تأويل الايصاء . وفي بعض النسخ لانها ، فلا يحتاج الى التأويل (تبرع لم يتم) لانه مضاف الى ما بعد الموت ، والتبرع النافذ وهو الهبة يحتمل الرجوع ،فالمضاف أولى. واجتمع أهل العلم على جواز الرجوع للموصي في جميع ما أوصى كله أو بعضه (فجــاز الرجوع عنه كالهبة ، وقد حققناه في كتاب الهبة) أي قد حققنا هذا في كتاب الهبة ، الا أن الكلام في الاعتاق اذا أوصى به فالاكثرون على جواز الرجوع في الوصية ، وهو قول الائمة الاربعة وعطاء وجابر بن زيد والزهري وقتادة واسحاق وأبي ثور . وروي عــن عمر «رض» أنه قال يغير الرجل ما شاء من وصيته ولم يعلم له مخالف حل محل الاجماع . وعن الشعبي وابن سيرين وابن شبرمة والنخعي يغير منها ما شاء الا العتق .

(ولان القبول) في الوصية (يتوقف على الموت) أي موت الموصي (والايجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع) فانه يجوز فيه رجوع البائع قبل قبول المشتري

قال وإذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً . أما الصريح فظاهر ، وكذا الدلالة لانها تعمل على الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت . وصار كالبيع بشرط الخيار ، فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة . ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك ، فإذا فعله الموصى كان رجوعاً وقد عددنا هذه الافاعيل

(قال) أي القدوري (واذا صرح بالرجوع) بأن قال رجعت من وصيتي لفلان (أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً) وفي الذخيرة الرجوع ثلاثة أنواع ، أحدها استهلاك الموصى به حقيقة أو حكماً كما أوصى بثوب فقطعه وخاطه قميصاً أو بقطن فغزله ونسجه ، أو بحديدة فصنعها سيفاً فهذه التصرفات ، استهلاك حكماً . ألا ترى أن حق المغصوب منه ينقطع بهذه التصرفات ونوع من ذلك أن يخلطه بغيره خلطاً ، أي لا يمكن التمييز أصلا كالسويق اذا لته بسمن ونوع من ذلك ان يحدث نقصاناً فيه حق خرج من هيئة الادخار والبقاء الى يوم الموت بأن كان شاة فذبحها . واما الرجوع ضرورة بأن يتغير الموصى به ويتميز اسمه ، لانه لا يبقى بهذا موصى به بذلك الى يوم الموت ، كما لو أوصى بحنطة فهبت الريح في طاحونة فصارت دقيقاً قبل موت الموصي بطلت الوصية ، أو أوصى بالكفرى في نخلة فصارت رطباً ، او اوصى بعنب فصار زبيباً ، او اوصى ببيض فحضنت دجاجة عليها فأخرجت فراريج بطلت الوصية . ولو كان التغير في هذه المسألة بعد موت الموصي قبل قبول الوصية او بعده لا تبطل الوصية ، لان التغير حصل بعد تمام الوصية فلا يوجب بطلانها .

(اما الصريح فظاهر ، وكذا الدلالة) أي وكذا الرجوع بالدلالة (لانها تعمل عمل الصريح ، فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار) للمشترى ، فانه اذا فعل فعلا مما يدل على ابطال خياره تبطل (فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة) كمل يبطل بالصريح (ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك) نحو قطع الثوب وخياطته بعد قصه ، فانه يضمن قيمته وينقطع حق الملك عنه (فاذا فعله الموصى) أي

في كتاب الغصب . وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله، مثل السويق يلته بالسمن ، والدار يبني فيه الموصي والقطن يحشو به ، والبطانة يبطن بهـــا ، والظهارة يظهر بها ، لأنه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكنه نقضها . لأنه حصل في ملك الموصي من جهتـه ، بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها ، لأنه تصرف في التابع ، وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع .

فان فعل هذا الفعل الذي ينقطع به حق المالك (كان) فعله هذا (رجوعاً) عن الوصية (وقدعددناهذه الافاعيل في كتاب الغصب) الافاعيل جمع فعل على غير القياس . وكأنه جمع افعولة كأنه كالاباطيل جمع باطل . وفي الحقيقة كأنه جمع أبطولة .

(وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به) بحيث لا يمكن تمييزها (ولا يمكن تسليم العين الا بها) اى الا بتلك الزيادة (فهو رجوع) عن الوصية (اذا فعله) اى اذا فعل ذلك الفعل ثم ذكر لها صور بقوله (مثل السويق يلته بالسمن) اى يخلطه (والدار) أى ومثل الدار الموصى به (يبني فيها الموصي ، والقطن يحشو به) اى مثل قطن الموصى به يحشو به جبة ونحوها (والبطانة) اى ومثل البطانة الموصى بها (يبطن بها والظهارة) اى ومثل الظهارة الموصى بها (يظهر بها) اى يجعلها تحت الظهارة (لانه لا يمكنه)اى لا يمكن (تسليمه) اى تسليم شيء من هذه الاشياء (بدون الزيادة) وهو ظاهر (ولا يمكنه نقضها) اى ولا يمكن نقض هذه الاشياء (لانه حصل في ملك الموصي) وتصرف في ملكه (من جهته) لا من جهة غيره .

(بخلاف تجصيص الدار الموصى بها) اى تبييضها بالجص (وهدم بنائها) حيث لا يكون رجوعاً عندنا ، وعند الائمة الثلاثة يكون رجوعاً ، لانه تصرف اوجب بغير الموصى به ، ودليلنا هو قوله (لانه تصرف في التابع) وهو البناء والتصرف في التابع لا يدل على اسقاط الحق على الاصل في التجصيص ، لانه بناء ، والبناء تبع . وكذا لو

كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه ، لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه ، فإذا أزاله كان رجوعاً ، وذبح الشاة الموصى بها رجوع ، لأنه للصرف إلى حاجته عادة ، فصار هذا المعنى أصلاً أيضاً . وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً ، لأن من أراد أن يعطى ثوبه غيره يغسله عادة ، فكان تقريراً . قال وإن جحد الوصية لم يكن رجوعاً ، كذا ذكره محمد . وقال أبو يوسف يكون رجوعاً ، لأن الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال ، فأولى أن يكون رجوعاً . ولمحمد أن الجحود نفي في الماضي والإنتفاء في الحال ضرورة ذلك . وإذا كان

غسل الثوب الموصى به (وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع) عن الوصية.

(كما اذا باع العين الموصى به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه) اى فيما وهبه ، لان البيع والهبة اوجبا زوال ملكه ، فمحال ان تبقى الوصية معه (لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه ، فاذا أزاله كان رجوعاً وذبح الشاة الموصى بها رجوع ، لانه) اى لان ذبحه (للصرف الى حاجته عادة ، فصار هذا المعنى اصلا أيضاً) أراد بهذا المعنى هو التصرف لحاجته (وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً ، لان من أراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريراً) أي فكان تقديراً ، أي فكان غسل الثوب الموصى به تقريراً للوصية . وفي وجه للشافعية يكون رجوعاً ، وهذا هو الأقراب ، لأن التعليل المذكور ضعيف ، لأن من أراد أن يوصي ثوباً جديداً ويعطي الآخر ثوباً جديداً لا يغسله عادة على ما لا يخفى .

(قال) أي القدوري (ومن جحد الوصية لم يكن رجوعاً ، كذا ذكره محمد . وقال أبو يوسف «رح» يكون رجوعاً ، لأن الرجوع نفي في الحال) أى نفي للوصية في الحال (والجحود نفي في الماضي والحال ، فأولى أن يكون رجوعاً . ولمحمد «رح» أن الجحود نفي في الماضي والإنتفاء في الحال ضرورة ذلك) يعني أن الجحود لما كان نفياً في الماضي

ثابتاً في الحـــال كان الجحود لغواً ، أو لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال ، والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة ، ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقـــة . ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكـون رجوعاً ،

والإنتفاء في الحال ضروري ، فيكون النفي في الماضي تضمناً للانتفاء في الحال ضرورة .

(وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً) لكونه كاذباً جحوده أن الفرض أنــــه أوصى ثم جحد وكان النفي في الماضي باطلاً ، فيبطل ما هو من ضرورة وهو الإنتفاء في الحال ، فكان الجحود لغواً .

واعلم أن القدوري لم يذكر الخلاف في مختصره في هذه المسألة ولم يذكر خلاف محمـد أيضاً في كتبه ، ولكن جعل الجحود رجوعاً في كتاب الوصايا ولم يجعله رجوعاً في الجامع الكبير ، فمن هذا اختلف المشايخ فيه ، فمنهم من قال في المسألة روايتان . ومنهم من قال ما ذكره في الجامع جواب القياس . وما ذكره في كتاب الوصايا جـواب الاستحسان ، كذا ذكر الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير .

(أو لأن الرجوع) دليل آخر ، أي ولأن الرجوع عن الوصية (إثبات في الماضي) أي إثبات الوصية في الماضي (ونفي في الحال) أى نفي للوصية في الحال (والجحود نفي في الماضي والحال جميعاً فلا يكون رجوعاً حقيقة) للمنافاة بين الإثبات والنفي (ولهذا) أى ولأجل كون الجحود نفياً في الماضي والحال (لا يكون جحود النكاح فرقـة) أى طلاقاً ، لأن الطلاق يعني في الحال دون الماضي . وقـال الأكمل لا يكون جحود النكاح فرقة يعني مستعاراً للطلاق، لأن الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي ، والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر .

(ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعاً) هذه المسألة مع ما بعدها إلى الباب من مسائل الجامع الكبير لا مسألة تأخير الوصيــة (لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل) يعني وصف الوصية بأنها حرام أو ربا يقتضي كون أصل الوصيــة

لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل . بخلاف ما إذا قال فهي باطلة ، لأنه الذاهب المتلاشي ولو قال أخرتها لا يكون رجوعاً ، لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين . بخلاف ما إذا قال تركت ، لأنه إسقاط . ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعاً ، لأن اللفظ يدل على قطع الشركة . بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر ، لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها . وكذا إذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعاً عن

باقياً ، لأنه لا وجود للصفة بدون قيامها بالموصوف ، فلما اقتضى الوصف بقاء الأصل لم يكن الوصف بالحرمة أو الربا دليل الرجوع .

(بخلاف ما إذا قال فهي باطلة) بأن قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي باطلة دليل الرجوع (لأنه الذاهب المتلاشي . ولو قال أخرتها لا يكون رجوعاً) أي ولو قال كل وصية أوصيت بها أخرتها لا يكون رجوعاً عن الوصية (لأن التأخير ليس للسقوط) يعنى لا يدل على السقوط (كتأخير الدين) فإنه لا يسقط به .

(بخلاف ما إذا قال تركت) بأن قال كل وصية أوصيت بها تركت (لأنه) أي لأن الترك (إسقاط) ألا ترى أنك لو قلت لرجل لك عليه دين قال تركت عليك ديني كان تركاً (ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان ، كان رجوعاً ، لأن اللفظ يدل على قطع الشركة) قيل لأنه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك ، وإنما جعل تلك الوصية بعينها لغيره.

(بخلاف ما إذا أوصى به لرجل . ثم أوصى به لآخر) بأن قال أوصيت بهذا العبد لهذا الرجل . ثم قال أوصيت به لهذا الرجل ولرجل آخر لا يكون رجوعاً (لأن المحل يحتمل الشركة ، واللفظ صالح لها) لأنه يجوز أن يجتمع حقان في عبد واحد .

(وكذا إذا قال فهو لفلان وارثي) بأن قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي

الأول لما بينا . ويكون وصية للوارث وقــد ذكرنا حكمه . ولو كان فلان الآخر ميتاً حين أوصى فالوصيـة الأولى على حالهـــا ، لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونهـــا للثاني ، ولم يتحقق فبقي للأول . ولو كان فلان حين قال ذلك حياً ثم مـات قبل موت الموصي فهي للورثـة لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع ، والثانيـة بالموت ، والله أعلم .

لفلان وارثي (يكون رجوعاً عن الأول لما بينا) أشار به إلى التعلل المذكور بقوله لان اللفظ يدل على قطع الشركة إلى آخرة (ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه) وهو أن يكون للوارث إذا أجازها الورثة ، وإن لم تجز الورثة يكون ميراثاً .

(ولو كان فلان الآخر ميتاً حين أوصى فالوصية الاولى على حالها) يعني لو قال كل وصية أوصيت بها لفلان الآخر حين أوصى له ميتاً لم يصح الرجوع ، لانــه لم يصح النقل عن الوصية الاولى لأن الوصيــة للميت باطلة ، فصار كأنه لم يوص لاحد بعد الوصية الاولى لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني ، ولم يتحقق فبقي الأول . ولو كان فلان حين قال ذلك حياً ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة)أي لورثة الموصي(لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع) أي برجوع الوصي عنها (والثانية بالموت ، والله أعلم) أي بموت الموصى له الثاني قبل موت الموصي .

***

باب الوصية بثلث المال

قال ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما ، لأنه يضيق الثلث عن حقهما ، إذ لا يزاد عليه عند عدم الإجازة على ما تقدم ، وقد تساويا في سبب الإستحقاق فيستويان في الإستحقاق والمحل يقبل الشركة ، فيكون بينهما . وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثاً ، لأن كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل سهماً والأكثر سهمين ، فصار ثلاثة أسهم سهم لصاحب الاقل ،

(باب الوصية بثلث المال)

أى هذا باب في بيان حكم الوصية بثلث المال .

(قال) أى القدوري (ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما ، لأنه يضيق الثلث عن حقهما إذ لا تزاد عليه) أى على الثلث (عند عدم الإجازة على ما تقدم) من عدم الجواز بأكثر من الثلث (وقد تساويا في سبب الاستحقاق) وهو الإيصاء بالثلث (فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة ،فيكون بينهما) أى بين الموصى لهما بالثلث .

(وإن أوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثاً ،.لأن كل واحد منهما يدلي) من ادليت الدلو في البئر إذا أرخيته فيها (بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون ، فجعل الاقل سهماً ، والاكثر

وسهمان لصاحب الاكثر . وإن أوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما . وقال أبو حنيفة الثلث بينهما نصفان ، ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة . لهما

سهمين ، فصار ثلاثة اسهم ، سهم لصاحب الاقل) أي لصاحب القليل (وسهمان لصاحب الاكثر ، وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة أسهم عندهما) اعتباراً لعدم حالة الإجازة بحالة الإجازة ، وفيها تصح المسألة من أربعة ، لأنهما يقولان بطريق القول . وفي المسألة الثلث والكل واحد يخرج له ثلث صحيح ثلاثه ، واحد عما يدعي عليه ، وهو واحد والموصى له بالكل يدعي جميع الثلاثة فتؤول إلى أربعة . وكذا إذا لم يجيزوا يجعل الثلث لجميع المال في حق القسمة ، وإذا صار الثلث إلى أربعة فجميع المال اثني عشر .

(وقال أبو حنيفة « رح » الثلث بينهما نصفان ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث) الحاصل أن عند أبي حنيفة لا يضرب الموصى له عند عدم الإجازة بأكثر من الثلث ، وبه قال أبو ثور وابن المنذر ، وعندهما يضربون بعدد سهامهما في الثلث عند عدم الإجازة ، وبه قالت الائمة الثلاثة والحسن والثوري والنخعي وابن أبي ليلى وإسحاق (إلا في المحاباة) صورتها عبدان لرجل قيمة احدهما ألف ومائة ، وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع احدهما لفلان بمائة ، والآخر لفلان بمائة . فان حصلت المحاباة لاحدهما بألف وللآخر بخمسمائة والكل وصية ، لأنه في حال المرض ، فان لم يكن غيرهما ولم يجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث ، فتكون بينهما اثلاثاً يضرب الوصي له بألف بحسب وصيته وهي الألف ، والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي بخمسمائة ، فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بألف في اكثر من خمسمائة .

(والسعاية) صورتها أن يوصى بعتق عبدين قيمة أحدهما ألف ، وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرها إذا اجازت الورثة عتقا جميعاً ، وإن لم يجيزوا من الثلث وثلث ماله

في الخلافيـــة أن الموصي قصد شيئين ، الإستحقاق والتفضيل ، وامتنع الاستحقاق لحق الورثـــة ، ولا مانع من التفضيل ، فيثبت كما في المحاباة وأختيها . وله أن الوصيـــة وقعت بغير المشروع عند عد م الاجازة من الورثة ، إذ لا نفاذ لها بحـــال ، فيبطل أصلاً . والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلانـه كالمحاباة الثابتة

ألف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف الذى قيمتـــه ألفان ويسعى في الباقي ، والثلث الذى قيمته ألف ويسعى في الباقي .

(والدرام المرسلة) أى المطلقة هي أن يوصى لرجل بألفين ولآخر بألف درهم وثلث ماله ألف درهم ولم يجز الورثة ، فانه يكون بينهما اثلاثاً كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته ، لأن الوصية في مخرجها جمع صحيحة لجواز أن يكون له مـال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ، ولا كذلك فيما إذا وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصف مـــاله ، أو بجميع ماله ،لأن اللفظ في مخرجه لم يصح ، لأن ماله اكثر وخرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث .

(لهما) أى لأبى يوسف ومحمد « رح » (في الخلافيـة) أى في المسألة الخلافية (أن الموصي قصد شيئين الاستحقاق) فيما زاد على الثلث على الورثة (والتفضيل) أى تفضيل بعض اهل الوصايا على بعض (وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ، ولا مانع من التفضيـل ، فيثبت كما في المحاباة واختيها) وهما السعاية والدراهم المرسلة .

(وله) أى ولأبي حنيفة « رح » (أن الوصيـــة وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة إذ لا نفاذ لها بحال) لأن الوصية فيما زاد على الثلث ، لأنه لا يملك ذلك عند عدم إجازة الورثة (فتبطل) أى الوصية (أصلا ، والتفضيـــل يثبت في ضمن الإستحقاق فيبطل ببطلانه) أى يبطل الفضل ببطلان الاستحقاق ، لأنه إذا بطـــل الإستحقاق بطل فيما ضمنه (كالمحاباة الثابتة في ضمن البيـع)إذا صح البيـع صحت المحاباة وإذا بطلت بطلت .

في ضمن البيع . بخلاف مواضع الاجماع ، لان لها نفاذاً في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة ، فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعاً في الجملة بخلاف مانحن فيه. وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث ، لان هناك الحق تعلق بعين التركة ، بدليل أنه لو هلك واستفاد مالاً آخر تبطل الوصية ، وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد ، فلم يكن متعلقاً بعين

(بخلاف مواضع الإجماع) يعني المحاباة وصية (لأن لها) أي الوصية (نفاذاً في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة) فيجوز خروج الألف من الثلث يكون المال كثيراً بالإكتساب قبل الموت ، فيخرج هذه الوصايا من الثلث ، وهو معنى قوله (فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعاً في الجملة بخلاف ما نحن فيه) وهو ما إذا اوصى بجميع المال لواحد والآخر بالثلث حيث لا يصح ، لأن ماله وإن كثر لا يخرج ذلك من الثلث ، فعلم أن الوصية لم تصح في مخرجه .

(وهذا بخلاف ما إذا اوصى بعين من تركته) هذا صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها ، وهو أنه إذا اوصى بعين من التركة مثل عبد أو فرس له أو ثوب مثلا (وقيمته تزيد على الثلث ، فانه) أي فان الموصى له (يضرب بالثلث) ولا يضرب بأكثر منه .

(وإن احتمل أن يزيد المال) باكتساب هذا العبد مالاً فتصير رقبته مساوية لثلث المال ، أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال (فيخرج من الثلث ، لأن هناك الحق) أي حق الموصى له (تعلق بعين التركة بدليل أنه) أي عين التركة (لو هلك واستفاد مالاً لآخر تبطل الوصية ، وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة) وحق الورثة ايضاً يتعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث ، فتبطل التركة (تنفذ فيما يستفاد ، فلم يكن متعلقاً بعين ما تعلق به حق الورثة) فلا يلزم بطلانه ، لأن الوصية في مخرجها صحيحة ،

ما تعلق به حق الورثة . قال وإذا أوصى بنصيب ابنـــه فالوصية باطلة . ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز ، لان الاول وصيته بمال الغير ، لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصيـة بمثل نصيب الابن ، ومثل الشيءغيره . وإن كان يتقدر به فيجوز . وقال زفر يجوز في الاول أيضاً ، فنظر إلى الحال والكل ما له فيـــه . وجوابه ما قلنا . قال ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهـــام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ، ولا يزاد عليه ،

ولهذا ضرب الموصى له في الثلث بما زاد على الثلثين .

(قال) أى القدوري (وإذا اوصى بنصيب ابنه) أى وإن اوصى (فالوصية باطلة) وبه قال اصحاب الشافعي وأحمد ، وهذا إذا كان الابن موجود ، وإن لم يكن له ابن سحت (ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز) وفي بعض النسخ وإن اوصى (لأن الاول) وهو الذى اوصى بنصيب ابنه (وصيته بمال الغير ، لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت) أى بعد موت الموصي .

(والثاني) وهو الوصية بمثل نصيب ابنه (وصيته بمثل نصيب الابن ، ومثل الشيء غيره ، وإن كان يتقدر به فيجوز) سواء كان له ابن أو لم يكن .

(وقال زفر تجوز في الاول أيضاً) رواه الحسن بن زياد عنه (فنظر إلى الحال) أى بالنظر إلى حال الوصية . وفي بعض النسخ ينظر إلى الحال ، أى حال الوصية ، فان المال سهم في ذلك الحال لكونه حياً بعد،وهو معنىقوله (والكل ماله فيه) أى مال الموصى، فينصرف فيه كيف شاء (وجوابه) أى جواب زفر « رح » (ما قلنا) وهو قوله لأن الاول وصيته بمال الغير .

(قال) أى القدوري (ومن اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة) المراد بأخس الانصباء اقلها (إلا أن ينقص هن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه) أى على

وهذا عند أبي حنيفة . وقالا له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن يجيز الورثة ، لان السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفاً لا سيما في الوصية ، والاقل متيقن بـه فيصرف إليه إلا إذا زاد على الثلث فيرد عليه ، لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة.

السدس (وهذا عند أبي حنيفة) وبه قال أحمد في روايـة ومالك في قول . وقال بعض اصحاب مالك ويعطى له الثمن . وقال أحمد في رواية يعطى لهـم سهم مما يصح منه الفريضة ، وهذا قول شريح .

(وقالا) أى قال أبو يوسف ومحمد « رح » (له) أي للموصى له بالسهم من ماله (مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث ، إلا أن يجيز الورثة) وقال الشافعي وابن المنذر يعطيه الورثة ما شاء ، ولأن ذلك يقع عليه السهم ، كما لو أوصى بخبز أو حنطة (لأن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفاً لا سيما في الوصية) لأن الوصيـة أخت الميراث (والاقل متيقن به فيصرف إليه ، إلا إذا زاد على الثلث فيرد عليه ، لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة) .

قال الكاكي اعلم أن في نسخ شروح الجامع الصغير والمبسوط لم يذكر قوله إلا أن ينقص عن الثلث فيتم له ، بل قال فيها فله احسن سهام الورثـة ، ولا يزاد على السدس إلا أن يجيزه الورثة ، فكذا في غيره . وعلى رواية شروح الجامع بنقص عن السدس ولا يزاد على السهم ، فعلم أن هذا سهو وقع من المكاتب وجعـل حكم الافضل حكم الجامع ، وعن هذا الحق لهذا الوضع الإمام جلال الدين المصنف « رح »، وقد طول الاترازي هنا بالنقل عن الكتب ، فقال محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة قال إذا اوصى لرجل بسهم من ماله ثم يموت فله مثل نصيب احد الورثة ، إلا أن يكون ذلـك اكثر من السدس فيكون له السدس .

وقال أبو يوسف ومحمد له مثل نصيب احد الورثـة ، إلا أن يكون اكثر من الثلث ، ولا يجوز له إلا الثلث إلا أن يسلم الورثة ، هذا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير . وقال

القدوري في كتاب التقريب قال أبو حنيفة إذا اوصى بسهم من مالـه فإنه يزاد على سهام الورثة احسن انصبائهم ، فيعطى الموصى له ما لم يجاوز السدس، فإن جاوزه لم يزد عليه، قال هذا رواية الاصل . وفي الجامع الصغير لم ينقص عن السدس إلى هنا لفظ التقريب .

وقال الطحاوي في مختصره ومن اوصى لرجل بسهم من ماله فإن أبا حنيفة كان يقول إن كانت الفريضة اقل من ستة اسهم كان له السدس ، وإن كانت الفريضة اكثر من ستـة اسهم كان له احسن سهام الورثة .

وقال أبو يوسف ومحمد له مثل احسن سهام الورثة في هذه الوجوه كلها ما لم يجاوز ذلك الثلث ، فان جـاوز الثلث جاز له منه الثلث ، ولم يجز له سواه ، انتهى . وقال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو اوصى بسهم من ماله فعند أبي حنيفة ينظر إلى سدس جميع المال ، وإلى آخر بسهام الورثة أيها كان اقل فله ذلك .

بيـان هذا إذا كانت الفريضة من اربعـة أو من ثلاثة فالسدس اقل من اخس سهام الورثة فيعطى أباه . ولو كانت الفريضة اكثر من ستة فلا يعطى له السدس ، وإنما يعطى له اخس سهام الورثـة . وعند أبي يوسف ومحمد يعطى اخس سهام الورثة فيالأحوال كلها إلا إذا جاوز اخس سهـام الثلث ، فحينئذ يعطى له الثلث ولا يعطى الاخس . وكذلك هذا الاختلاف فيمن اقر بسهم من داره لفلان عند أبي حنيفـة يقع ذلك على سدس داره . وعندهما السير إلى المقر ، وكذلك لو اعتق سوماً من عبده عند أبي حنيفـة يعتق سدسه . وعندهما يعتق كله ، لأن العتق عندهما لا يتجزأ ، كذا في شرح الطحاوي. وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير وحاصله أن السهم اسم السدس عند أبي حنيفة وعندهما اسم للجزاء من حصة الورثة من غير تقدير بالسدس ، انتهى .

وقال الاكمل واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلف اختلافـاً كثيراً لا نكاد نعلم منه شيء . وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير . وفي الكافي فعلى رواية الجامع الصغير جوز أبو حنيفة النقصان من السدس ولم تجز الزيادة على السدس ولم يجز النقصان عن السدس . ورواية المصنف مخالف كل واحد منها ، لأن

وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه إلى النبي عليه الصلاة والسلام فيما يروى . ولأنـــه يذكر ويراد به السدس ، فإن إياساً قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة ، فيعطى مـــا ذكرنا . قالوا هذا كان في عرفهم ، وفي عرفنا

قوله إلا أن ينقص من السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط . وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير ، فأما انه اطلع على رواية غيرهما ، وإما أنه جمـــع بينهما ، انتهى . قلت وبهذا يجـــاب عن قوله الكاكي ان هذا سهو وقع من الكاتب كما ذكرناه الآن .

(وله) أي ولابي حنيفة (أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه) رواه محمد في الاصل عن عبد الله بن مسعود أنه سئل عن رجل اوصى بسهم من ماله فقال له السدس (وقد رفعه إلى النبي ﷺ فيما يروى) أي وقد رفع هذا الحديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ، وفيما يروى وهو على بناء الفاعل ، والضمير فيه يرجع إلى ابن مسعود ، وقد رفع المرفوع البـــزار في مسنده والطبراني في معجمه عن محمد بن عبد الله العزري عن أبي قيس عن هذيل بن شرحبيـــل عن ابن مسعود أن رجلا اوصى لرجل بسهم من ماله فجعـــل له النبي ﷺ السدس . وقال أبو قيس ليس بالقوي ، وقد روي عن شعبة والثوري والاعمش وغيرهم ، واسم أبي قيس عبـــد الرحمن بن ثروان ، وذكره عبد الحق في احكامه من جهة البزار ، وقال العزري متروك .

(ولأنه) أي ولأن السهم (يذكر ويراد به السدس ، فان إياساً قال السهم في اللغة عبارة عن السدس) وإياس هو ابن معاوية بن قرة القاضي بالبصرة ولاه عمر بن عبـــد العزيز رضي الله تعالى عنه ومات سنة اثنين وعشرين ومائة ، وهو من كبار التابعين ، وهكذا قال الحسن والثوري (ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة، فيعطى ما ذكرنا) وهو السدس .

(قالوا) أي المشايخ في شروح الجامع الصغير (هذا كان في عرفهم ، وفي عرفنـــا

السهم كالجزء . قال ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم ، لأنـــه مجهول يتناول القليل والكثير ، غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي ، فإليهم البيان . قال ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر له ثلث مــــالي وأجـازت الورثة فله ثلث المـال ويدخـل السدس فيه . ومن قال سدس مالي لفلان ، ثم قال في ذلك المجلس أو في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد ، لأن السدس ذكر

السهم كالجزء) لأنه لا يراد به نصيب أحد الورثة ولا السدس .

(قال) أي القدوري (ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم ، لأنه مجهول يتناول القليل والكثير ، غير ان الجهالة) أي جهالة الموصى به (لا تمنع صحـــة الوصية ، والورثة قائمون مقام الموصي ، فاليهم) أي فالى الورثة (البيان) وقال الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا ، وإذا اوصى بجزء من مالـــه أو بنقص من ماله أو ينقص من ماله فللورثة أن يعطوا ما شاؤوا . وكذا إذا لوصى بحظ من ماله .

(قال ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر له ثلث مالي ، وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل فيه السدس) أي في الثلث ، لأن الكلام الثاني يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ، ويحتمل أنه اراد إيجاب ثلث على السدس ، فيجعل كلامه في السدس تكراراً حملاً لكلامه على المتيقن وعلى مـــا يملك الإيصاء به وهو الثلث ، وقيل إنما قال وجازت الورثة لدفع وهم ، وهو أن يقـــال ينبغي الموصى له نصف المال ، لأن الثلث مع السدس ، نصف المال ، وفيه نوع تأمل .

(ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس [1] أو في غيره سدس مالي لفلان

(١) وفي مجلس آخر ثلث مالي وأجازت الورثة فله ثلث المال ، ويدخل سدس فيه . ومن قال سدس مالي لفلان قاله في ذلك المجلس – هامش .

معرفاً بالإضافة إلى المال والمعرفة إذا أعيدت يراد بالثـــاني عين الأول هو المعهود في اللغة . قال ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه ، وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي . وقال زفر له ثلث ما بقي ، لأن كل واحد منها مشترك بينهم ، والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ، ويبقى ما بقي عليها . وصار كما إذا كانت التركة أجناساً مختلفة . ولنـــا أن في الجنس الواحد يمكن جمع حق أحدهم في الواحد ،

فله سدس واحد ، لأن السدس ذكر معرفاً بالإضافة إلى المـــال والمعرفة إذا أعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة) أي كون المال غير الاول معلوم في استعمال أهل اللغة ، يقال جاءني زيد ، ثم يقال اكرمت زيداً ، أى ذلك بعينه ، وهذا البحث قرر كما ينبغي في موضعه .

(قال) أى القدوري (ومن اوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع مـــا بقي) ومعنى قوله وهو يخرج من ثلث ماله ، أى الثلث الباقي بعد هلاك الثلثين يخرج من ثلث بقية مال الموصى .

(وقال زفر « رح » له ثلث ما بقي ، لأن كل واحد منها) أى من الهالك والباقي (مشترك بينهم) أى بين الورثة وبين الموصى له (والمال المشترك يتوى ما توى منه) أى ما هلك من مال المشترك (على الشركة ، ويبقى ما بقي عليها) أي على المشتركـــة (وصار كما إذا كانت التركة اجناساً مختلفة) فهلك بعضها فالذي يبقى بقي على الشركة ، وهو القياس ، وبه قال أبو ثور وابن شريح من اصحاب الشافعي « رح » ، وهو قياس قول مالك ، لأنه يعتبر قدر المال حال الوصية لا الموت ، وبقولنا قال الشافعي وأحمـــد « رح » . وقال الاترازي وبقول زفر فاخذ . (ولنا أن في الجنس الواحد يمكن جمع حق

ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة ، وفيه جمع والوصية مقدمة ، فجمعناها في الواحد الباقي ، وصارت الدراهم كالدرهم ، بخلاف الأجناس المختلفة ، لأنه لا يمكن الجمع فيها جبراً ، فكذا تقديماً . قال ولو أوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب ، قالوا هذا إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ، ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم ،

احدهم في الواحد) أي يمكن جمع حق شائع لكل واحد في فرد (ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة ، وفيه جمع) أي والحال أن فيه الجمع ، أي في القسمة على تأويل الإقسام (والوصية مقدمة) أي على الميراث (فجمعناها في الواحد الباقي ، وصارت الدراهم كالدرهم) يعني إذا اوصى بالدراهم الواحد وله ثلاث دراهم فهلك اثنان فله الدرهم الباقي بالاتفاق .

(بخلاف الاجناس المختلفة) جواب عن قول زفر «رح» كما اذا كانت الشركة اجناساً مختلفة، ووجهه ما قاله (لأنه لا يمكن الجمع فيها جبراً) يعني من حيث الجبر ، فانه اذا تركها يطلب بعض الورثة القسمة ، وأبى الباقون ، فان القاضي لا يجبرهم على القسمة (فكذا تقديماً) أي فكذا لا يمكن من حيث تقديم الوصية على الميراث ، لأنه اذا يقدر الجمع يقدر التقديم ، لأن فيه الجمع فيبقى الكل مشتركا بين الورثة والموصى اثلاثاً ، فما هلك هلك على الشركة ، وما بقي بقي عليها اثلاثاً .

(قال) أي القدوري (ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها ، وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب ، قالوا) أي المشايخ (هذا المذكور إذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ، ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم) يعني يستحق جميع الثوب الباقي إذا كان يخرج من الثلث كالدرهم الباقي

وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها ، لانه يجري فيه الجمع جبراً بالقسمة . ولو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي. وكذا الدور المختلفة. وقيل هذا على قول أبي حنيفة «رح» وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها . وقيل هو قول الكل، لان عندهما للقاضي أن يجتهد ويجمع ، وبدون ذلك يتعذر الجمع ، والاول أشبه للفقه المذكور • قال من أوصى لرجل بألف درهم

(وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها) أى بمنزلة الدراهم ، فيكون له جمع الباقي (لأنه يجري فيه الجمع جبراً بالقسمة) أى من حيث أن القاضي يجبر فيه بالقسمة .

(ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي) لكثرة التفاوت ، ولهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد بغير عينه إذا لم يبين الثمن (وكذا الدور المختلفة) لأنها كالاجناس المختلفة لكثرة التفاوت بين الدارين في المنفعة في الضيق في السعة قريب الماء وبعيده والامن وجنس الجيران ونحو ذلك ، فكانت ملحقة بالاجناس المختلفة، فكان للموصى له ثلث الباقي ، هكذا اجاب محمد في الجامع الصغير في الدور والرقيق بلا خلاف .

(وقيل هذا على قول أبي حنيفة « رح » وحده) أى هذا الجواب في الرقيق والدور المختلفة إذا بقي واحد وهو ان يقال لا يكون له ثلث الباقي وهو قول أبي حنيفة خاصة. وعندهما له جميع الباقي (لأنه)أى لأن أبا حنيفة « رح » (لا يرى الجبر على القسمة فيها) أى في الدور والرقيق .

(وقيل هو قول الكل) أى قول أبي حنيفة « رح » وصاحبيه (لأن عندهما) أى عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى (للقاضي أن يجتهد ويجمع ، وبدون ذلك) أى بدون إجتهاد القاضي وجمعه (يتعذر الجمع) أى جمع نصيب احدهم في العبد الواحد والدار الواحدة ، وإذا هلك لم يكن لذلك فعل من القاضي ، فكان المال على الشركة يأتي وما هلك (والاول) وهو أن يكون في المسألة اختلاف (اشبه للفقه المذكور) وهو

وله مال عين ودين ، فإن خرج الالف من ثلث العين دفع إلى الموصى له ، لانه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بخس ، فيصار إليه . وإن لم يخرج دفع إليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الالف ، لان الموصى له شريك الوارث . وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة ، لان للعين فضلاً عن الدين . ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال ، وإنما يصير مالاً عند الاستيفاء ، فإنما يعتدل النظر بما ذكرناه . قال ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ما له فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد ، لان الميت ليس

أن أبا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة ، لأنه يجعلها اجناساً مختلفة ، وهما يزمان ذلك ، لأنهما يجعلانها جنساً واحداً .

(قال) أي القدوري (ومن اوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين ودفع إلى الموصى له ، لأنه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس) أي نقصان (فيصار إليه) لأن الاصل في الشركاء أن يوفي حق كل واحد من غير إيقاع بخس في حق الآخر (وإن لم يخرج) أي الالف من ثلث العين (دفع إليه ثلث العين وكل ما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الالف ، لأن الموصى له شريك الوارث ، وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة ، لأن العين فضلاً عن الدين . ولأن الدين ليس بمال في مطلق الحال) ولهذا لو حلف لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث ، لأن الدين (وإنما يصير مالاً عند الاستيفاء) لأنه وصف ثابت في الذمة (فانما يعتدل النظر بما ذكرناه) أي النظر في حق الموصى له والورثة بايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس في حق الآخر ، وهو أن لا يختص الموصى له بالعين إذا لم يخرج الثلث من العين .

(قال) أي القدوري (ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد) سواء علم بموت عمرو أو لم يعلم ، وبه قال الشافعي في قول أحمد وإسحاق

بأهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلهـا ، كما إذا أوصى لزيد وجدار . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث ، لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي إلا نصف الثلث . بخلاف ما إذا علم بموته لان الوصية للميت لغو ، فكان راضياً بكل الثلث للحي . وإن قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث ، لان قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد منهما نصف الثلث . بخلاف ما تقدم . ألا ترى أن من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث . ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث . قال ومن أوصى بثلث

والبصريون « رح » (لأن الميت ليس بأهل الوصية فلا يزاحم الحي الذى هو من اهلها) أى من اهل الوصية (كما إذا اوصى لزيد وجدار) أو حمار يكون الوصية لزيد، والإضافة إلى الحمار أو الجدار لغو .

(وعن أبي يوسف انه إذا لم يعلم) أى الموصي (بموتـه) أى بموت عمرو (فله) أى فلزيد الذي هو حـــي (نصف الثلث) وبه قال الشافعي في قول أحمد « رح » في رواية ومالك ، لان بين الاشتراك فلا يعرف إلى الحي إلا نصف الثلث (لان الوصيـــة عنده) أى عند الموصى (صحيحة لعمرو فلم يرض للحي إلا نصف الثلث . بخلاف مـا إذا علم بموته ، لان الوصية للميت لغو فكان راضيـاً بكل الثلث للحي . وإن قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيدميت كان لعمرو نصف الثلث ، لان قضية هذا اللفظ أن يكون لكل منهما نصف الثلث ، بخلاف ما تقدم) حيث يستحق الموصى له جميع الثلث لعدم المزاحمة (ألا ترى أن من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث) .

(قال) أي القدوري (ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له) أي والحال أن لا مال

ماله ولا مال له واكتسب مالاً استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت ، لان الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ، ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله . وكذلك إذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالاً لما بينا ، ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه إيجاب بعد الموت ، فتعتبر قيامه حينئذ . وهذه الوصيه تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت . وإن لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح ، لانها لو كانت بلفظ المال يصح ، فكذا إذا كانت بإسم نوعه ، وهذا

له وقت الوصية (واكتسب مالاً استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت ، لان الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده) أي بعد الموت (فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك الحكم إذا كان له مال فهلك ، ثم اكتسب مالاً لما بينا) إشارة إلى قوله لان الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت .

(ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه) أي أن الوصية على تأويل الإيصاء (إيجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ) أي قيام ما اوصى به عند الموت (وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح) احترز به عن قول بعض المشايخ وان الوصية باطلة . وقال الفقيه أبو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا ، لأنه اضاف الوصية إلى غنم مرسل بغير تعيين ، فصار بمنزلة إضافته إلى ثلث المال (لأنها) أي لأن الوصية (لو كانت بلفظ المال تصح ، فكذا إذا كانت باسم نوعه) أي نوع المال .

لان وجوده قبل الموت فضل ، والمعتبر قيامه عند الموت . ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة ، لانه لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة إذ ماليتها توجد في مطلق المال . ولو أوصى بشاة ولم يضيفه إلى ماله ولا غنم له قيل لا يصح ، لان المصحح إضافته إلى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها . وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس ملكه شاة علم أن مراده المالية . ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة ، لانه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة ، حيث جعلها جزءاً من الغنم . بخلاف ما إذا أضافها إلى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل .

(وهذا) توضيح لما قبله (لأن وجوده) أي وجود المال (قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت) لما مر غير مرة (ولو قال له) أي لفلان (شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة ، لأنه) أي لأن الموصى (لما اضافه الى المال علمنا أن مراده الوصيــة بمالية الشاة ، إذ ماليتها توجد في مطلق المال).

(ولو أوصى بشاة ولم يضفه إلى ماله) بأن لم يقل من مالي (ولا غنم له قيل لا يصح ، لأن المصحح إضافته إلى المال وبدونها) أي بدون الإضافة إلى المــال (تعتبر صورة الشاة ومعناها) لأن الشاة اسم للصورة والمعنى ولم يوجد فلا يصح (وقيــل تصح لأنه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية) أي مطلق الماليـــة ، فيعطى له شاة أو قيمة شاة .

(ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة ، لأنه لما اضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزء من الغنم ، بخلاف ما إذا اضافها إلى المال) بأن قال له شاة من مالى ولا غنم له حيث يعطى شاة لما مر (وعلى هذا يخرج كثير من المسائل) منها ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال له قفيز حنطة من مالي أو ثوب من مــــالي فإنه يصح

قال ومن أوصى بثلث ماله لامهات أولاده وهن ثلاث ، وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم . قال رضي الله تعالى عنه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وعن محمد رحمه الله أنه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان . وأصله أن الوصية لامهات الاولاد جاجزة ، والفقراء والمساكين جنسان فسرناهما في الزكاة لمحمد رحمه الله أن المذكور لفظ الجمع ، وأدناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن ، فكان من كل فريـــق اثنان

الإيجاب ، وإن لم يكن ذلك في ماله . بخلاف ما إذا قال من حنطتي أو من ثيابي ، فإنه لم يوجد ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شيء للموصى له ، وعلى هــــذا كله عرض من ماله .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن اوصى بثلث ماله لامهـــات اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة اسهم من خمسة اسهم . قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وعند محمد « رح » انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلاثة ولكل فريق) يعني من الفقـــراء والمساكين (سهمان ، واصله)أي أصل هذا الخلاف (أن الوصية لامهات الاولاد جـائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكاة) أى في كتاب الزكاة .

ثم اوضح الاصل المذكور بإيراد تعليل محمد وتعليـل صاحبيه فقال (لمحمد « رح » أن المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان) أى ادنى الجمع في باب الميراث يتنـــاول الاثنين فصاعداً (نجد ذلك) أى عدد ادنى الجمع اثنان منهم (في القرآن) ألا ترى إلى قوله تعالى﴿ فإن كان له اخوة فلأمه السدس﴾١١ النساء ، ويحجب الاثنان منهم فصاعداً الإمام من الثلث إلى السدس فعلم أن الاثنين لهما حكم الجمع (فكان من كل فريق اثنـان) أى من الفقراء والمساكين اثنان (وامهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة) .

وأمهات الأولاد ثلاث ، فلهذا يقسم على سبعة . . لهما أن الجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه إلى الكل ، فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة ، والثلاثة للثلاث . قال ولو أوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما ، وعند محمد ثلاثة لفلان وثلثاه للمساكين . ولو أوصي للمساكين صرفه إلى مسكين واحد عندهما ، وعنده لا يصرف إلا إلى مسكينين بناء على ما بيناه . قال ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة ،

(ولهما) أى ولابي حنيفة وأبي يوسف « رح » (أن الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس ، وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه إلى الكل ، فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة ، والثلاثة للثلاث) أى امهات الاولاد .

(قال ولو اوصى بثلثه لفلان) أي بثلث ماله لفلان (وللمساكين فنصفه . لفلان ونصفه للمساكين عندهما) أى عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله ، وعلى هذا الاصل لو اوصى بثلث ماله لفلان وللمساكين يكون نصفه لفلان وثلثاه للمساكين ، يصير الثلث اثلاثاً .

(وعند محمد رحمه الله ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين. ولو اوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما، وعنده) أي وعند محمد «رح» (لا يصرف إلا إلى مسكينين بناء على ما بيناه) يعني في المسألة المتقدمة ، وهو أن الجمع في باب الميراث يتناول الاثنين إلى آخره .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة ، لأن الشركة للمساواة لغة ، وقد امكن

لأن الشركة للمساواة لغة ، وقد أمكن اثباتـــه بين الكل بما قلنا لاتحاد المال، لانه يصيب كل واحد منهم ثلثامائة بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربعمائة ولآخر بمائتين ، ثم كان الإشراك ، لأنـــه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين ، فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملاً باللفظ بقدر الإمكان . قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه ، معناه قال ذلك لورثه فإنه يصدق إلى الثلث، وهذا استحسان . وفي القياس لا يصدق ، لأن الاقوار بالمجهول وإذا كان صحيحاً ، لكنه لا يحكم بـــه إلا بالبيان . وقوله فصدقوه صدر مخالفاً للشرع ، لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة فتعذر إثباته إقراراً مطلقاً ،

اثباته بين الكل بما قلناه) من اقتضاء الشركة المساواة (لاتحاد المـــال ، لأنه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة ، بخلاف ما إذا اوصى لرجل بأربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان) أي الاشتراك ، أي ثم قال للثالث (الاشتراك) معهما فيا أوصيت بهما كان له النصف من كل واحد منهما جميعاً (لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين) ولا بـــد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك بقدر الإمكان (فحملناه على مساواته كل واحـــد بتنصيف نصيبه عملاً باللفظ) أي بقوله اشركتك (بقدر الإمكان) .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن قال لفلان على دين فصدقوه) أي قـــال لورثته وبينه المصنف بقوله (معناه قال ذلك لورثتـــه فإنه يصدق إلى الثلث) أي إذا ادعى الدين بأكثر من الثلث و كذبه الورثة. قال المصنف رحمه الله (وهـــذا استحسان . وفي القياس لا يصدق،لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً لكنه لا يحكم به إلا بالبيان. وقوله فصدقوه صدر مخالفاً للشرع ، لأن المدعي لا يصدق إلا بحجـــة) وهو قد امرهم بتصديقه بلا حجة ، فاذا كان كذلك (فتعذر اثباته اقراراً مطلقاً) يعني من كل وجـــه

فـــلا يعتبر وجـه الاستحسان أنا نعلم أن من قصـده تقديمـه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصيه ، وقد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداوه سعياً منه في تفريغ ذمته ، فيجعلها وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له ، كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئاً فأعطوه من مالي ما شاء ، وهذه معتبرة من الثلث ، فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال وإن أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لأصحـــاب الوصايا والثلثان للورثـة ، لان ميراثهم معلوم . وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم ، فيقدم عزل المعلوم ، وفي الافراز فائدة أخرى وهو أن أحـــد الفريقين

(فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة) وهو مالك الكل في الثلث (وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية) فيتقيد ، وقد يحتاج جواب عمـــا يقال لو كان قصده الوصية لصرح بها . وتقرير الجواب بأن يقال (وقد يحتـاج اليه) إلى مثل هذا الكلام (من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره) يعني يعلم اصل الحق ، ولا يعلم مقداره (سعياً منه) أي لاصل السعي منه (في تفريـغ ذمتـه فيجعلها) أي فجعل هذه الوصية (وصية جعل التقدير فيها) أي في هـذه الوصية (إلى الموصى له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئاً فأعطوه من مالي ما شاء ، وهذه) أي هذه الوصية (معتبرة عن الثلث ، فلهذا) أي فلكونها معتبرة من الثلث (يصدق على الثلث دون الزيادة) على الثلث ، لأن جواز الوصية من الثلث .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإن اوصى بوصايا غير ذلـــك) أي غير الدين المجهول (يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة، لان ميراثهم معلوم) وهو الثلثان (وكذا الوصايا معلومة) وهي الثلث (وهذا) أي دين فلان (مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم . وفي الإفراز فائدة أخرى ، وهو أن احد الفريقين قد يكون اعلـم

قد يكون أعلم بمقدار هــــذا الحق وأبصر به ، والآخر ألد خصاماً وعساهم يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم ، وبعد الافراز يصح إقرار كل واحــــد فيما في يده من غير منازعة . وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم ، لأن هـــذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ ، فإذا أقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة دينـــاً شائعاً في النصيبين ، فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا والورثة بثلثي ما أقروا تنفيذاً لاقرار كل فريق في قدر حقــــه ، وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك ، لأنه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره . قال ومن أوصى لأجنبي ولوارثـــه

بمقدار هذا الحق وابصر به) أي هذا الحق (والآخر) أي الفريق الآخر (ألد خصاماً) أي شديد بين في الخصومة (وعساهم) أي لعلهم ، أي الفريق الورثة واصحاب الوصايا (يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم ، وبعد الإفراز يصح اقرار كل واحد فيما في يـــده من غير منازعة) .

(وإذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم ، لان هذا دين في حق المستحق) أي المقر له (وصية في حق التنفيذ ، فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة ديناً شائعـــاً في النصيبين ، فيؤخـــذ اصحـــاب الثلث بثلث ما اقروا ، أو الورثة بثلثي ما اقروا تنفيذاً لإقرار كل فريق في قدر حقه ، وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلـــك ، لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره) أي بين المقر له وبين غيره ، وهو الميت .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللأجنبي نصف

فللاجني نصف الوصية وتبطل وصية الوارث ، لأنه أوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الأول وبطل في الثاني . بخلاف ما إذا أوصى لحي وميت لأن الميت ليس بأهـــل للوصية فلا يصلح مزاحماً ، فيكون الكل للحي والوارث من أهلها ، ولهـــذا تصح بإجازة الورثة فافترقـــا ، وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللاجنبى . وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أودين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي أيضاً ، لأن الوصيـــة إنشاء تصرف والشركة تثبت حكما لـه فتصح في حق من يستحقه منهما . وأمـــا الاقرار فأخبار عن كائن ، وهو أخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه

الوصية وتبطل وصية الوارث ، لانه اوصى بما يملك الإيصاء به وبما لا يملـــك ، فصح في الاول أي فيما يملك (وبطل في الثاني) أي فيما لا يملك ، وبه قالت الائمة الثلاثـــة وأبو ثور « رح » .

(بخلاف ما إذا اوصى لحي وميت ، لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحماً، فيكون الكل للحي والوارث من اهلها) أي من اهل الوصية (ولهذا تصح باجـــازة الورثة فافترقا) أي حكماً الصورتين (وعلى هذا) أي على الحكم المذكور (إذا اوصى للقاتل وللأجنبي) حيث تبطل وصيته للقاتل ، لانها فيمن لا يستحقه ، ولا تبطـــل في حق الأجنبي ، لأنها في حقه جائزة .

(وهذا) أي هذا الإيصاء (بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لا يصلح في حق الأجنبي أيضاً ، لأن الوصية إنشاء تصرف) أي ابتداء تمليك (والشركة تثبت حكماً له) أي للإنشاء (فتصح في حق من يستحقه منهما)أي من الوارث والأجنبي.

(وأما الإقرار اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركـــة في الماضي) فيستدعي مخبراً ، والمخبر به الوالدين المشترك (ولا وجه إلى اثبـــاته بدون هذا الوصف) وهو

إلى إثباته بدون هذا الوصف ، لأنه خلاف ما أخبر بـــه ولا إلى إثبات الوصف ، لأنـــه يصير الوارث فيه شريكاً . ولأنه لو قبض الأجنبي شيئاً كان للوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القـــدر ، ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فـــلا يكون مفيـــداً . وفي الانشاء حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانـاً . قال ومن كان له ثلاثة أثواب جيـــد ووسط وردي‌ء فأوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى أيها هـــو ، والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة .

الاشتراك (لأنه خلاف ما اخبر به) المقرون لا إلى اثبـات الوصف ، اى لا وجه ايضاً (ولا إلى اثبـــات الوصف ، لأنه يصير الوارث فيه شريكاً) فيؤدي إلى اضرار بعض الورثة ، فيرد اصلاً كيلا يحتال الناس في اضرار الورثة بهذا الطريق .

(ولأنه لو قبض الاجنبي شيئاً كان للوارث ان يشاركه ، فيبطل) اى يبطل الإقرار (في ذلك القدر) المقبوض حمل في نصيبهما معاً ، لأنه لما كان للوارث ان يشاركه فيه ، فاذا شاركه كان لبقية الورثة ان يأخذوا ذلك القدر منه ، ثم يرجع هو على الاجنبي ،لأن ما قبض لم يسلم له ثم ، وثم إلى ان ينتهي فيبطـل اصلاً ، وهو قوله (ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل) فاذا بطل الكل (فلا يكون مفيداً ، وفي الإنشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقـــاء) اى في حق الاجنبي (وبطلاناً) اى في حق الوارث .

(قال) اى محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن كان له ثلاثـة اثواب جيدو وسط وردي‌ء فأوصى بكل واحد) من هذه الثيـاب (لرجل فضاع ثوب ولا يدرى ايها هو ، والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة) صورة المسألة في الجـامع عن محمد ويعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله في رجل اوصى لثلاثة نفر فقال لفلان هذا الثوب الجيد ولفلان رجـل

ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحـــد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك ، فكان المستحق مجهولاً ، وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود ، فبطل . قال إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين ، فإن سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجود ، ولصاحب الأوسط ثلث الجيد وثلث الأدون ، فثبت الأدون ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون ، لأن صاحب الجيد لاحق له في الرديء بيقين ، لأنـــه إما أن يكون وسطاً أو رديئاً ولا حق له فيهما ، وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي

آخر هذا الثوب الوسط ولفلان رجل آخر هذا الثوب الردىء ثم مـات الموصي ثم هلك واحد من الثلاثة اثواب لا يدرى ايها هلك ، والورثة تجحد فالوصية باطلة .

قال المصنف (ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذى هو حقك قد هلك ، فكان المستحق مجهولاً ، وجهالتـه تمنع صحة القضاء) كما إذا اوصى لاحد هذين الرجلين ، فان الوصية باطلة ، لأن المستحق مجهول (وتحصيـــل المقصود) بالنصب ، اى ويمنع ايضاً تحصيل المقصود ، اى مقصود الوصي ، وهو اتمام غرضه ، فاذا كان كذلك (فبطل) اى الإيصاء .

(قال) اى قال محمد في الجامع الصغير (إلا ان يسلم الورثة الثوبين البـــاقيين) وهذا استثناء من قوله فالوصية باطلة (فان سلموا) اى الورثة إن قالوا سلمنـا لكم هذين الثوبين فاقتسموهما فيما بينكم (زال المـانع ، وهو الجحود ، فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ، ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون ، ولصاحب الادون ثلثـا الثوب الادون ، لان صاحب الجيد . لا حق له في الرديء بيقين ، لانه) اى لان الردىء (إما ان يكون وسطاً أو رديئاً ولا حق له فيهما) اى لا حق لصاحب الجيد في الوسط والردىء (وصاحب الردىء لا حق له في الجيد الباقي بيقين ، لانه إما ان يكون جيـداً

بيقين ، لأنه إما أن يكون جيداً أو وسطاً ولاحق فيهما . ويحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصلي ، فيعطى من محل الاحتمال . وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون فلم يبـــق إلا ثلث الجيد وثلث الرديء ، فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة . قال وإذا كانت الدار بين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فإنهـــا تقسم ، فإن وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وعند محمد نصفـــه للموصى له ، وإن وقع في نصيب الآخر فللموصي له مثل ذرع البيت ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له أنـــه أوصى بملكه وبملك غيره ، لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ

او وسطاً ، ولا حق له فيهما ، ويحتمل ان يكون الردىء هو الردىء الاصلي) إذ الهالك إذا كان رديئاً فالثاني يكون جيداً ، فيكون هو الردىء الاصلي (فيعطى من محـــل الاحتمال) لانه يحتمل ان يكون هذا وسطاً ، ويحتمـل ان يكون في الردىء الحالي بأن يكون الضائع الردىء . فيكون هذا وسطاً ، فيكون هذا تنفيذ وصية في محل يحتمل ان يكون حقه كذلك في شرح الجامع لصاحب الهداية (وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثـــا الادون لم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الردىءفتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة).

(قال) اى محمد في الجامع الصغير (وإذا كانت الدار بين رجلين اوصى احـــدهما ببيت بعينه لرجل، فانها تقسم) اي فان الدار تقسم (فان وقع البيت في نصيب الموصى فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى . وعند محمد رحمـــه الله تعالى نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت ، وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى . قال محمد « رح » مثـــل ذرع نصف البيت له) اي لمحمد « رح » (انه) اي ان الموصي (اوصى بملكه وبملك غيره ، لانـ

الاول ويوقف الثاني ، وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة ، كما إذا أوصى بملك الغير ثـــم إذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفيذاً للوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت ، وإن وقـــع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذاً للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها إذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها . بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه ، لان الوصية تبطل بالاقدام على البيـع على ما بيناه . ولا تبطل بالقسمة . ولهما أنـــه أوصى بما يستقر ملكه فيـــه بالقسمة ، لان الظاهر أنه يقصد

الدار بجميع اجزائها مشتركة فنفذ الاول) وهو الوصية فيما يملكه وهو نصيبه (وتوقف الثاني وهو ان لايملكه) وهونصيب صاحبه فيتوقف على اجازة شريكه (وان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة) لانه اخذ البيت بدلاً عن نصيبه بما في يد صاحبه (لا تنفذ الوصية السابقة) بالملك الحادث بعد الوصية في الموصى به .

(كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه) حيث لا تصح الوصية ، فكذا هذا (ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفيذاً للوصيـــة في عين الموصى به وهو نصف البيت . وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذاً للوصيـــة في بدل الموصى به عند فواته ، كالجارية الموصى بها إذا قتلت خطـــأ تنفذ الوصية في بدلها . بخلاف ما إذا بيع العبد) اى عند فوات الاصل بالحالة (الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه ، لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع على ما بيناه) اشار به إلى ما ذكر قبل باب الوصية بثلث المال عند قوله وإذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً (ولا تبطل) اى الوصية (بالقسمة) لان القسمة لتكميل المنفعة . بخلاف البيع .

(ولهما) اى ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى (انه اوصى بما يستقر ملكه

الايصاء بملك منتفع به من كل وجـه ، وذلك يكون بالقسمة ، لان الانتفاع بالمشاع قاصر ، وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع نصيبه فتنفذ الوصية فيه . ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابـع ، وإنما المقصود الافراز تكميلاً للمنفعة ، ولهذا يجبر على القسمة فيه ، ومن اعتبار الافراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء . وإن وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه ، إما لانه عوضه كما ذكرناه ، أو لأن مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلاً لمقصوده ما أمكن ، إلا أنه يتعين البيت إذا وقع

فيه بالقسمة ، لان الظاهر انه) . اى ان الموصي (يقصد الإيصاء بملك منتفع بـه من كل وجه ، وذلك) اى الملك المنتفع به عن كل وجه (يكون بالقسمة) لان ملكه على اعتبار القسمة هو الملك التام المنتفع به (لان الانتفاع بالمشاع قاصر ، وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ، ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع) وإن كان معنى المبادلة في قسمة العروض والحيوانات اصل، والدارين العروض ، ذكره المصنف في كتاب القسمة (وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعـة ، ولهذا يجبر على القسمة فيه) هذا إيضاح لقوله ، وإنما المقصود الإفراز ، لان في الدار الواحـدة المختلفة البيوت تقسم قسمة واحدة ، لان في تفريقها إضراراً ، بخلاف الدور حيث تقسم كل واحدة على حدة ، لا قسمة واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله ، خلافاً لهما ، وقد مر في القسمة .

(وعلى الاعتبار الإفراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء ، وإن وقـــع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جيمعه مما وقع في نصيبه ، اما لانه عوضه كما ذكرناه) اى في الجارية الموصى بها (او لان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلاً لمقصوده مـا امكن ، إلا انه يتعين البيت) قال تاج الشريعـة إلا انه يتعين هذا جواب إشكال ، وهو ان يقال ذكر البيت لما كان التقدير به ينبغي ان لا يجب وقع البيت نفسه إذا وقـــع في

في نصيبه جمعاً بين الجهتين التقدير والتمليك . وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير ، أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحدالوجين ، والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته ، فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد ، وفي العتق ولد حي . ثـم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع ، والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم ، تسعة منها للورثة ، وسهم للموصى له وهذا عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف

نصيب الموصي (إذا وقع في نصيبه جمعاً بين الجهتين) احداهما (التقدير) وهي فيما إذا وقع البيت في نصيب شريكه ، والاخرى هي قوله (والتمليك) يعني البيت . (وإن وقع في نصيبه) .

(وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير ، او لانه) اى او لان الموصى (اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين) يعني في وقوعه في نصيب الشريك (والتمليك) اى واراد التمليك (بعينه على اعتبار الوجه الآخر) يعني في وقوعه وفي نصيب الموصي ، نظر لذلك بقوله (كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده امته) بأن قال إذا ولدت امتي فهو حر وانت طالق (فالمراد في جزاء الطلاق) اى في جزاء الطلاق (مطلق الولد) حتى تطلق المرأة بولادة الولد كيف كان حياً او ميتاً .

(وفي العتق) اى المراد في العتق (ولد حي) لان الميت ليس بمحل للطلاق ، حتى إذا ولدت ميتاً ثم ولدت حياً يعتق الحي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما .

(ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه) اى نصيب الموصي ، وهو خمسون ذراعاً (بين الموصى له وبين الورثة على عشرة اسهم تسعة منها) اى من العشرة (للورثة) اى لورثة البيت (وسهم للموصى له ،

البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون ، فيجعل كل خمسة سهماً ، فيصير عشرة . وعندهما يقسم على أحد عشر سهماً لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخسة وأربعين ، فتصير السهام أحد عشر للموصى لها سهمان ولهم تسعة . ولو كان مكان الوصية إقرار ، قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد ، والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح ، حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له ،

وهذا عند محمد رحمه الله تعالى ، فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت ، وهم) اى الورثة يضربون (بنصف الدار سوى البيت ، وهو خمسة واربعون ، فيجعل كل خمسة سهماً فيصير عشرة) .

(وعندهما) اى عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى (يقسم) اى نصيب الموصي بين الموصى له والورثة (على احد عشر سهماً ، لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم) اى الورثة (بخمسة واربعين فتصير السهام احد عشر الموصى له سهمان ، ولهم تسعة) كذا قال فخر الإسلام البزدوي وغيره وفي شرح الجامع الصغير .

(ولو كان مكان الوصية إقرار) يعني لو كان الدار بين شريكين فأقر احدهما ببيت بعينه لواحد فيقسم الدار او لا ، فان وقع البيت في نصيب المقر يسلم إلى المقر له . وإن وقع في نصيب الشريك يضرب المقر له فيما وقع في يد المقر مثل ذرع البيت . وكذلك لو اقر بطريق أو حائط . كذا في الشامل . وعند محمد رحمه الله يضرب المقر له بنصف ذرع البيت . (قيل هو على الخلاف) اى حكم الإقرار على الخلاف المذكور بينه محمد وصاحبيه .

(وقيل لا خلاف فيه لمحمد « رح ») اى في حكم الإقرار ، بل قول محمد فيه كقولهما. وجعل فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير عدم الخلاف ، وهو الاصح (والفرق له) اى الفرق بين الوصية والاقرار لمحمد (ان الاقرار بملك الغير صحيح ، حتى أن من أقر بملك

والوصية بملك الغير لا تصح ، حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ. قال ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعـــد موت الموصي ، فإن دفعه فهو جائز ، وله أن يمنع ، لأن هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازته . وإذا أجاز يكون تبرعـــاً منه أيضاً فله أن يمتنع من التسليم . بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة ، لأن الوصية في مخرجهـــا صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة. فإذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهـــة الموصي .

قال وإذا اقتسم الابنان تركة الأب ألفاً ثم أقر أحدهما لرجـــل

الغير لغيره ثم ملكه يؤمر المقر بالتسليم إلى المقر له ، والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه) مثل الشراء والهبة والتمليك (ثم مات لا تصح وصيتـــه ولا تنفذ) .

(قال) اى محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن اوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي ، فان دفعه إليه فهو جـــائز وله أن يمنع ، لان هذا تبرع بمال الغير ، فيتوقف على إجازته . وإذا أجاز يكون تبرعاً منه ايضاً فله أن يمتنع من التسليم) اى ولصاحب المال أن يمتنع مما أجازه الموصي ولا يسلم ، لان هذا هبة من صاحب المال والهبة لا تتم بدون التسليم ، فان وقع تمت الهبة وإلا فلا .

(بخلاف ما إذا اوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة)ثم أرادوا أن يمتنعوا من التسليم لا يكون لهم ذلك (لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه ، والامتناع لحق الورثة ، فاذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي) .

(قال) أى محمد « رح » في الجامع الصغير (فاذا اقتسم الابنان تركة الاب ألفاً ثم أقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيـــه ثلث ما في يده) وهو

أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده ، وهذا استحسان ، والقياس أن يعطيه نصف ما في يده ، وهـــو قول زفر رحمـــه الله ، لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف . وجـــه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقراً بثلث ما في يده . بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره ، لأن الدين مقدم على الميراث ، فيكون مقراً بتقدمه فيقدم عليه . أما الموصى لـه بالثلث شريك الوارث فـــلا يسلم لـه شيء إلا أن يسلم للورثة مثلاه . ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به أيضاً ، فيأخذ نصف ما في يـــده ، فيصير نصف التركة

سدس المال (وهذا الاستحسان) وبه قال الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله . وقال الشافعي رحمه الله في وجه يلزمه جميع ما في يده وخرجه صاحب الحاوي من القولين في الدين ليس شيء كذا في الحلية .

(والقياس أن يعطيـــه نصف ما في يده ، وهو قول زفر « رح » ، لانـــ إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه ، والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف . وجه الاستحسان أنه أقر بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما) اى في أيدي الابنين (فيكون مقراً بثلث ما في يده . بخلاف ما إذا أقر احدهما بدين لغيره) حيث يعطى جميع ما في يده (لان الدين مقدم على الميراث ، فيكون مقراً بتقدمه فيقدم عليه) وفيه قال الشافعي في وجه . وقال الشافعي في الاصح يلزمه في نصيبـــه ما يخصه وهو قول مالك وأحمد « رح » لان إقراره بهذه الجهة .

(اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء ، إلا أن يسلم للورثة مثلاه . ولانه لو اخذ منه نصف مـــا في يده ، فربما يقر الابن الآخر به ايضاً فيأخذ نصف ما في

فيزاد على الثلث . قال ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولداً، وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له ، لأن الأم دخلت في الوصية أصالة ، والولد تبعـــاً حين كان متصلاً بالأم . فإذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقـاة على ملك الميت ، وحتى يقضي بها ديونه دخــــل في الوصية ، فيكونان للموصى له . وإن لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منها جميعاً في قـــول أبي يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة يأخذ ذلك من الأم ، فإن فضل شيء أخذه من الولد . وفي الجامع الصغير عين صورة . وقال رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجـــل

يده ، فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث) فيكون شريك الورثة بالنصف لا بالثلث.

(قال) اى القدوري (ومن اوصى لرجل بجـــارية فولدت بعد موت الموصي ولداً وكلاهما) اى الام والولد (يخرجان من الثلث ، فهما الموصى له ، لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد) دخل فيها (تبعاً حين كان متصلاً بالام، فإذا ولدت قبل القسمـــة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخـــل) أى الولد (في الوصية فيكونان للموصى له) يعني تكون الام والولد للموصى له إذا ولد له قبل قسمة التركـة . وقال الشافعي وأحمد « رح » إن كانت حاملاً به حين الوصية ، ويعلم ذلك بأن قلده لاقل من ستة أشهر منذ أوصى يدخل الولد في الوصية ، ويكون للموصى له مع الام . وقالا في وجه لا حكم للحل في الوصية بكل حال فلا يدخل فيها على كل حال .

(وإن لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعـــاً في قول أبي يوسف ومحمد « رح . وقال أبو حنيفة « رح » يأخذ ذلك من الام فان فضل شيء أخذه من الولد . وفي الجامع الصغير عين صوره) أى عين محمد صوره بهذه المسألة .

(وقال رجـل له ستمائة درهم وأمة) أى الموصي فولدت ولداً أى وله أمة (تساوي

ثم مات فولدت ولداً يساوي ثلاثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الأم وثلث الولد عنده ، وعندهما له ثلثا كل واحد منهما . لهمـــا ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعـــاً حالة الإتصال فلا يخرج منها بالإنفصال كما في البيع والعتق ، فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم ، وله أن الأم أصل والولد تبع فيه ،والتبع لا يزاحم الأصل ، فلو نفذنا الوصية فيهما جميعاً تنتقض الوصيـــة في بعض الأصل ، وذلك لا يجوز . بخلاف البيع ، لأن تنفيذ البيـع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل ، بل يبقى تاماً صحيحاً فيـــه ،

ثلاثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات) أي الموصي (فولدت ولداً يساوي ثلاثمائة درهم قبل القسمة) أي قبل قسمة التركة (فللموصى له الام وثلث الولد عنـــده) أي عند ابي حنيفة « رح » (وعندهما له ثلثا كل واحد منهما) أي من الام والولد .

(لهما) أي لابي يوسف ومحمد (ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعاً حالة الاتصال فلا يخرج عنها) أي عن الوصية (بالانفصال كما في البيـع) بأن باع الامة الحامل (والعتق) بأن اعتقها يدخل الحمل ويدخل الولد في البيـع والعتق ، ولا يخرج عنها بالإنفصال ، فإذا كان كذلك (فتنفذ الوصيـــة فيهما على السواء من غير تقديم الام) في الاصالة وفي الولد تبعاً لاتصاله بالام .

(وله) أي ولابي حنيفة رحمـه الله تعالى (أن الام أصل والولد تبع فيه) اى في الوصية على تأويل الإيصاء (والتبع لا يزاحم الاصل) لأن الايجاب تنـاول الام قصداً ، ثم سرى حكم الايجاب إلى الولد فلا يزاحم التبع الاصل ، لعدم المساواة بينهمـــا (فلو نفذنا الوصية فيهما جميعاً تنتقض الوصية في بعض الاصل ، وذلك لا يجوز بخلاف البيـع) لأن فيه إبطال الاصل بالتبـع ، بل يبقى تاماً صحيحاً فيه ، إلا انه لا يقابله بعض الثمن ، هذا جواب عما يقال لا نسلم (لأن تنفيذ البيـع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الاصل ،

إلا أنه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل بـــه القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيــع بدون ذكره وإن كان فاسداً ، وهذا إذا ولدت قبل القسمة ، فإن ولدت بعد القسمة فهو للموصى له ، لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعـد القسمة .

بل يبقى تاماً صحيحاً فيه ، إلا انه) لا يقابله وفي ذلـك نقص له بحصته . ووجهه إنما (لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض) فان العوض الواحد لا يقابل بعوضين ، لكن لا يوجب ذلك النقض في البيع اصلاً .

(ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وإن كان فاسداً ، هذا) اى دخول الولد في الوصية تبعاً (إذا ولدت قبل القسمة) قبل قبول الموصى له (فان ولدت بعد القسمة) وبعد القبول (فهو للموصى له ، لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة) وإن ولدت بعد القبول قبــل القسمة وبعد القبول فهو للموصى له ، لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة . وإن ولدت بعد القبول قبــل القسمة ، ذكر القدوري انه لا يصير موصى له ، ولا يعتبر خروجـــه في الثلث كما لو ولدت بعد القسمة . ومشايخنا قالوا يصير موصى به ويعتبر خروجه من الثلث ، كما لو ولدت قبــل القبول . ولو ولدت قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية وبقي على حكم ملك الميت ، لانه لم يدخل تحت الوصية قصداً ولا سراية ، والكسب والولد في جميع مـــا ذكرنا . كذا في الكافي . وعند الشافعي وأحمد لو انفصل قبل موت الموصي ومن حين الوصيـــة إلى الانفصال اقل من ستة اشهر يدخل في الوصية من وجه .

(فصل في اعتبار حالة الوصية)

قال وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة ، لأن الاقرار ملزم بنفسه وهي أجنبية عند صدوره . ولهـــذا يعتبر من جميع المـــال ولا يبطل بالدين إذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض . إلا أن الثاني يؤخر عنه ، بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند

(فصل في اعتبار حالة الوصية)

اى هذا فصل في بيان اعتبار حالة الوصية ولما ذكر الحكم الكلي في الوصيــة شرع في بيـــان احكام ما يتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف إلى وصف أن الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول ، والاصلي مقدم على العارض .

(قال) اى محمد « رح » في الجامع الصغير (وإن اقر المريض لامرأة بدين أو اوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة ، لأن الإقرار ملزم بنفسه) فلا يتوقف على شرط زائد كتوقف الوصية إلى الموت ، فصح إقراره بالدين ، لأن إقراره حصل لأجنبية ونحو معنى قوله (وهي اجنبيــة عند صدوره) أى صدور الإقرار (وهذا) أى ولكون الإقرار ملزم بنفسه من غير توقف على شرط (يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين) بخلاف الوصية فانها تمليك مضاف إلى الموت والمرأة عند الموت وارثة ولا وصية للوارث ، فالحديث على ما يأتي (إذا كان) اى الاقرار (في حالة الصحة أو في حالة المرض) يعني الاقرار لا يبطل بسبب الدين سواء كان في الصحة أو في المرض .

(إلا أن الثاني) وهو الاقرار الواقع في المرض (يؤخر عنه) اى عن الاقرار الواقع في الصحة ، حتى أن المال يصرف إلى ما اقر به في حالة الصحـــة ، فان فضل منه شيء يصرف إلى ما اقر به في حالة المرض وإلا فلا . وعنـــد ابن ابي ليلى والشافعي الاقرار يستويان وقد مر في إقرار المريض .

الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة . وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكماً لأن حكمها يتقرر عند الموت . ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق للتركة ، وعند عدم الدين تعتبر من الثلث. قال وإذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله، أما الهبة والوصية فلما قلنا أنه وارث عند الموت ، وهما إيجابان عنده أو بعده ،

(بخلاف الوصية) بيان لقوله وبطلت الوصية (لأنها) أي لأن الوصية . وفي بعض النسخ لأنه ، اى لأن الايصاء (إيجاب عند الموت وهي) اى المرأة (وارثة عند ذلك) اى عند موت الموصي (ولا وصية للوارث) بالحديث المذكور ، وفيما مضى (والهبة) بالجر عطف على قوله بخلاف الوصية ، اى بخلاف الهبة الواقعة من المريض المذكور يعني لأنها لا تبطل (فان كانت منجزة) واصلة بما قبلها (صورة) اى من حيث الصورة ، يعني لا تتوقف على شيء بحسب الصورة (فهي) اى الهبة (كالمضاف إلى ما بعد الموت حكماً) اى من حيث الحكم (لأن حكمها يتقرر عند الموت) واوضح ذلك بقوله (ألا ترى انها) اى ان الهبة (تبطل بالدين المستغرق للتركة ، وعند عدم الدين تعتبر من الثلث) لأنها تبرع بتقرر حكمه عند الموت ألا ترى أن من وهب عبداً في مرض موته لأجنبي وماله غيره وسلم صحت الهبة وصارت للموهوب له ، فاذا مات من ذلك المرض وجب الفسخ من الثلثين للورثة . وفي الكل حقاً للغرماء او صارت كالمتعلق بالموت .

(قال) اى محمد رحمه الله في الجامع الصغير (وإذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو اوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) اى الاقرار (أما الهبة والوصية فلما قلنا) يعني في المسألة الأولى (انه) اى أن الابن (وارث عند الموت ، وهما) اى الهبة والوصية (إيجابان عنده) اى عند الموت (أو بعده) أى بعد

والاقرار وإن كان ملزماً بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار، فيعتبر في إيراث تهمة الايثار. بخلاف ما تقدم، لأن سبب الارث الزوجية وهي طارئة، حتى لو كانت الزوجيـــة قائمة وقت الاقرار وهي نصرانيــــة ثم أسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره. وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق لما ذكرنا. وذكر في كتاب الاقرار إن لم يكن عليه دين يصح، لأنه أقر لمولاه وهو أجنبي وإن كان عليه دين لا يصح، لأنه إقرار لـه

الموت. (والاقرار وإن كان ملزمـــاً بنفسه كما مر . ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار ، فيعتبر في ايراث تهمة الايثار) يعني صار باعتبار التهمة ملحقاً بالوصايا .

(بخلاف ما تقدم) من الاقرار والهبة والوصية لامرأة (لأن سبب الارث الزوجية وهي طارئة) لأن الزوجية حصلت بعد الاقرار لها بدين فلا يبطـــل الاقرار (حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبـــل موته لا يصح الإقرار لقيام السبب) وهو الزوجية وقت الإقرار (حـــال صدوره) اى صدور الإقرار ونظيرها من أقر لأخيه وله ابن ثم هلك الابن ثم هلك المقر له وارثة يبطل الإقرار للأخ لقيام سبب الإرث وهو الأخوة وقت الإقرار .

(قال) اى محمد في الجامع الصغير (وكذا) يبطل الإقرار (لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق) قبل الموت (لما ذكرنا) وهو قيام المسبب للإرث وقت الإقرار (وذكر) اى محمد « رح » (في كتاب الإقرار إن لم يكن عليه) اى على العبد (دين يصح) اى الإقـــرار (لأنه أقر لمولاه) يعني يكون الإقرار لمولاه (وهو اجنبى) اى والحـــال أنه اجنبى .

(وإن كان عليـــه) اى على العبد (دين لا يصح) اى الإقرار (لأنه اقرار له) اى

وهو إبنه ، والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيهـــا وقت الموت . وأما الهبة فيروى أنهـــا تصح لأنها تمليك في الحـال وهو رقيق . وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح . قال والمقعـــد والمفلوج والأشل والمسلول إذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال ، لأنه إذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه . ولهذا لا يشتغل بالتداوي .

العبد (وهو ابنه) اى والحـــال انه ابنه (والوصية باطلة لما ذكرنا) والذى ذكره فيا مضى ذكره هنا بقوله (أن المعتبر فيها) اى في الوصية (وقت الموت) لأنها تمليـــك مضاف إلى بعد الموت والعبد حينئذ وارث ولا وصية للوارث .

(وأما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك في الحال وهو رقيق)فتكون الهبـــة للمولى فتصح (وفي عامة الروايات هى) أى الهبة (في مرض الموت بمنزلة الوصيـــة فلا تصح) والتفصيل المذكور في العبد لا يتأتى في المكاتب ، لأن المولى لا يملك كسبه في الحالين .

(قال) اى محمد في الجامع الصغير (والمقعد والمفلوج) من فلجت الشيء فلجين اى شقيته نصفين ، كذا في المعرب ، ومنه المفلوج لأنه ذهاب النصف . والفالج ذهاب الحس والحركة من احد شقى البدن وسلامة الشق الآخر (والأشل) من الشلل بالشين المعجمـة وهو فساد في اليد يقـال شلت يده فشل ، ورجل اشل (والمسلول) بالسين المهملة . قال الجوهري السلال بالضم السل ، يقـال اسله الله فهو مسلول من السوال . وقال المطرزي المسلول الذى سل ابنتاه ، اى نزعت خصيتاه ، وهذا لا يناسب هنا ، لأن الكلام فيما إذا تطاول المرض ولم يحل منه موت ، والذى نزعت خصيتاه بعد تطاول الزمـان لا يسمى مريضاً . وقال الأكمل المسلول الذى به مرض السل ، وهو عبـارة عن اجتماع المرة في الصدر وبعثها . وقال الكاكي قيل السل نوع من الدق (إذا تطاول ذلك فلم تخف منـه الموت فهبته من جميع الملل ، لأنه إذا تقادم العهد صار طبعـاً من طباعه ، ولهذا) أى ولأجل ذلك (لا يشتغل بالتداوي) ولأنه صار طبيعة فلا يحتاج إلى الدواء فكان حكمه

ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث . وإن وهبه عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش ، لأنه يخاف منه الموت ، ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت ، والله أعلم .

حكم الاصحاء ، فيعتبر تصرفه في جميع المال ، ويصح إقراره للوارث .

(ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث) إذا مات في أيامه يكون حكمه حكم المريض يعتبر تصرفه في ثلث المال ولا يصح إقراره للوارث (وإن وهبه) أي الذى صار صاحب فراش بعد ذلك (عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش ، لانه يخاف منه الموت ، ولهذ يتداوى فيكون مرض الموت) يكون حكمه حكم المريض الذى مات فيه والحامل إذا ضربها المخاض وهو الطلق يكون تبرعها من الثلث ، وبه قال الشافعى والنخعى والاوزاعى والثوري ويحى الانصاري ومكحول وابن المنذر . وقال مالك وأحمد إذا صار لها ستة أشهر عطيتها من الثلث ، وبه قال ابن المسيب وعطاء وقتادة . وقال الحسن والزهري عطيتها كعطية الصحيح ، وبه قال الشافعى في قول .

ولو اختلطت الطائفتان للقتال وكل منهما غير كافية للأخرى أو مقهورة في حكم مرض الموت ، وبه قال مالك وأحمد والاوزاعى والثورى ونحوه عن مكحول. وإذا لم يختلطوا إلا سواء كان بينهما رمى بالسهام أو لا . وعن الشافعى قولان أحدهما كقول الجماعة ، والثاني ليس مخوف ، لأنه ليس بمرض . وراكب البحر فإن كان ساكناً فليس مخوف ، وإن هبت الريح أو اضطرب البحر فهو خوف . والأسير والمحبوس إذا كان من عادته القتل فهو خائف وإلا فلا ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول . والمجذوم وصاحب حمى الربع ، وحمى العنب إذا صار صاحب فراش يكون فى حكم المرض مرض الموت ، وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور والأوزاعي والثوري . وقال الشافعي الأمراض الممتدة عطية من كل المال ، لأنه لا يخاف تعجيل الموت فيه ، وإن كان لا يبرأ كالمهر (والله أعلم).

باب العتق في مرض الموت

قال ومن أعتق في مرضه عبداً أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز ، وهو معتبر من الثلث ، ويضرب به مع أصحاب الوصايا .

(باب احكام العتق في مرض الموت)

أي هذا باب في بيان أحكام العتق في المرض وفي بيان حكم الوصية بالعتق . ولما كان الإعتاق في المرض من أنواع الوصية ، لكن لما كان له احكام مخصوصة ، افرده بيان على حدة وآخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل .

(قال) أي القدوري (ومن أعتق في مرضه أو باع وحـــابى أو وهب فذلك كله جائز ، وهو معتبر من الثلث ، ويضرب به مع أصحـــاب الوصايا) أو يضرب بالثلث كل واحد من هؤلاء الثلاثـــة وهو العبد المعتق في مرض الموت والمشتري من المريض الذى باع بالمحاباة والموهوب له مع ما يرى أصحـــاب الوصايا . والمراد بضربهم بالثلث مع أصحاب الوصايا استحقاقهم في الثلث كما في ســـائر الوصايا ، فإنهم يستحقون الثلث لا غير . وليس المراد أنهم يساوون أصحاب الوصايافي الثلث ويحاصونهم ،لأن المعتق المتقدم في المرض مقدم على الوصية بالمال في الثلث .

ألا ترى إلى ما ذكر الطحاوي في مختصره ومن أوصى بوصايا في مرضه فأعتق عبداً له يدلي بالعتاق ، وأخرج من الثلث ، فإن فضل شيء كان لأهل الوصايا . وإن لم يفضل شيء فلا شيء لهم ، ثم العتق أن يكون مقدماً على سائر الوصايا إذا كان منفذاً في المرض أو معلقاً بالموت ، مثل أن يقول إن حدث في حادث من هذا المرض فهوجرفاً. فأما إذا أوصى بعتق عبده بعد موته بوقت فلا يبـــدأ بالعتق بـــل يكون هو وسائر الوصايا سواء.وقال الفقيه أبو الليث إذا أوصى بعتق عبده بعد موته وأوصى لآخر بألف فالثلث بينهما بالحصص ولا يبدأ بالعتق لأن الوصيـــة بالعتق يحتمل النقص والرد ، فصار حكمه

وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز ، والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مـــع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية ، لأنهـــا إيجاب بعـد الموت ، وهـذا منجـز غير مضـاف . واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة . وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية ، لأنـــه يتهم فيه كما في الهبة . وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث ، وإن أوجبه

حكم سائر الوصايا . ألا ترى أنه لو ظهر على الميت دين فإن العبد ... [1] وتبطل الوصية .

(وفي بعض النسخ) أي في بعض نسخ القدوري (فهو وصية مكان قوله جائز) وقال الأترازي « رح » ورأيت في نسخة نقية مكتوبة في سنة خمس وعشرين وخمسماية ، فذلك كله وصية معتبرة من الثلث ، وقال الكاكي وقال صاحب المجتبى والاول أصح ، لان هذا أول باعتبـــاره من الثلث (والمراد) من قوله وهو وصية (الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لأنهـا) أي الوصية (إيجاب بعد الموت ، وهذا منجز غير مضاف ، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة . وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية) إنما غاثر بين الضمان والكفالة بحرف العطف ، لان الضمان أعم من الكفالة فإن من الضمان مالا يكون كفالة بأن قال للأجنبي خالعهـــا على ألف على أني ضامن . أو قال بع هذا العبد من فلان بألف على أني ضـــامن لك بخمسمائة من الثمن سوى الالف كان بدل بالخلع على الاجنبي دون المرأة ، والخمسمائة على الضامن دون المشترى ، كذا في شرح الاقطع (لأنه) أى لأن المريض متهم (يتهم فيه) أى في ايجابه على نفسه (كما في الهبة) أى كما يتهم .

(وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث ، وإن أوجبه) وإن كان الإيجاب في حالة

---

(١) هكذا في الأصل ، وربما سقط كلام من الناسخ تقديره (لا يعتق) اه مصححه .

في حالة صحته اعتباراً بحالة الاضافة دون حالة العقد ، وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد ، فإن كان صحيحا فهو من جميع المال . وإن مريضا فمن الثلث ، وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة ، لأن بالبرء تبين أنه لا حق في ماله . قال وإن حابى ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة أولى عند أبي حنيفة . وإن أعتق ثم حابى فهما

الصحة ، أى وإن كان واقعاً (في حال صحته اعتباراً) أى لأجل الاعتبار (بحال الإضافة) يعني الاعتبار فيه حال الإضافة (دون حال العقد) لأنه علقه بحال تعلق حق الورثة فيه بالمال ، فكان المعتبر فيه حال الإضافة لا حال الايجاب (وما نفذه) وما نجزه في الحال (من التصرف) ولم يضفه إلى ما بعد الموت (فالمعتبر فيه حالة العقد) كالإعتاق والهبة .

(فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال ، وإن كان مريضاً) أى فهو يكون (فمن الثلث ، وكل مرض صح منه) أى من مرضه (فهو كحال الصحة ، لأن بالبرء تبين أنه لا حق لأحد في ماله) لان حق الغريم والوارث إنما يتعلق بمرض الموت ، وبالبرء ظهر أنه ليس بمرض الموت .

(قال) أى القدورى (وإن حابى ثم أعتق) صورته رجل باع في مرضه عبداً وحابى بأن باعه بألف وهو يساوى ألفين (وضاق الثلث عنهما) أى عن المحاباة والعتق (فالمحاباة أولى عند أبي حنيفة « رح ») حتى يسع العبد في جميع قيمته ، وبه قال مالك . ثم العتق يعتبر من الثلث عند الجمهور إلا ما حكي عن مسروق أنه يعتبر من رأس المال وهو قول شاذ مخالف للأثر .

(وإن أعتق ثم حابى فهما) أى قوله أى هذه ... الخ ، ولفظ الشارح على الكنز فإن حابى محرر ، أى المحاباة أحق من التحرير (بعكسه) أى وبعكس الحكم المذكور وهو أن يعتق أولاً ثم يحابي استويا ، أى العتق والمحاباة ، وهذا عند أبي حنيفة « رح »

سواء . وقالا العتق أولى في المسألتين . والأصل فيـــه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ماجاوز الثلث فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا العتق الموقع في المرض . والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبـير الصحيـح ، والمحاباة في البيع إذا وقعت في المرض ، لأن الوصايا قد تساوت ، والتســـاوي في سبب الاستحقـاق يوجـب التساوى في نفس

هذه والتي قبلها (سواء) عند أبي حنيفة .

(وقـــالا العتق أولى في المسألتين) وبه قال الشافعي وأحمد ، وهو قول الزهري والنخعي والثوري وقتادة وإسحاق ، وقال الشافعي في قول وأحمد في رواية يستوي بين كل الوصايا (والأصل فيه) أي في هذا الباب (أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث) مثل أن يوصي بالربع والسدس (فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض) بلا خلاف بين العلماء . وفي المبسوط اوصى بثلث ماله لرجل ولآخر بسدسه ولآخر بربعه فأجازت الورثة يأخذ كل حقه كاملاً ، لان في المال وفاء، ولو لم يجز وضرب كل واحد منهم في الثلث بوصيته فتكون القسمة بينهم على طريق العـول بالاتفاق ، لان الوصايا كلها وقعت في الثلث واستوت في القوة ، فيضرب كل بجميع حقه.

(إلا العتق الموقع في المرض) هذا استثناء من قوله لا يقدم ، أى المعجز لا العوض إلى اعتاق الورثة ، مثل أن يقول اعتقوه (والعتق المعلق بموت الموصي) مثل أن يوصي بعتقه بعد موته (كالتدبير الصحيح) مثل أن يقول الرجل للمملوك أنت حر بعـــدموتي أو انت حر إذا مت أو إن مت ، واحترز بالصحيح عن التدبير الفاسد ، كما إذا قـــال أنت حر بعد موتي بيوم أو بشهر ، فانه لا يكون مقدما على سائر الوصايا، بل هو وسائر الوصايا سواء (والمحاباة) بالرفع عطف على قوله إلا العتق الموقع في المرض (في البيـــع إذا وقعت في المرض ، لان الوصايا قد تساوت) تعليل لقوله لا يقـــدم البعض على البعض (والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق ، وإنمـا قدم العتق

الاستحقاق ، وإنما قدم العتق الذي ذكرناه آنفاً ، لأنـــه أقوى فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه ، وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي . وإذا قـدم ذلك فـــما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا ، ولا يقدم البعض على البعض . لهما في الخلافية أن العتق أقوى ، لأنه لا يلحقه الفسخ ، والمحاباة يلحقها ولا معبر بالتقديم في الذكر ، لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت . وله أن المحاباة أقوى ، لأنها تثبت في ضمن عقد

الذي ذكرناه آنفاً) وهو العتق الموقع في المرض (لانه أقوى ، فـانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره) أى غير العتق المنفذ (يلحقه) أى الفسخ من جهـة الموصى ، لانه يصح الرجوع عنه . ولا يصح الرجوع في العتق .

(وكذلك المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي) لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة ومن قضية المعاوضة اللزوم ، فلزمته الوصية التي في ضمنها بمنزلة العتق (واذا قدم ذلك) أى العتق (فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوى فيـــه من سواهما) أى من سوى العتق المذكور ، والذي له (من أهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض) بل يكون بينهم على قدر وصاياهم .

(لهما) أى لابي يوسف ومحمد رحمهما الله (في الخلافية) وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق (ان العتق اقوى ، لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقهـا) أى الفسخ (ولا معتبر بالتقديم في الذكر ، لانه) أى لان التقديم في الذكر (لا يوجب التقدم في الثبوت) كما إذا اوصي لفلان ولفلان بالثلث لا يكون المقدم بالذكر مقدما على غيره ، بل يكون الثلث بينهم اثلاثاً ، كذا فيما نحن فيه لا يكون المحاباة أولى بالتقديم في الذكر .

(وله) أى ولابي حنيفة رضى الله تعالى عنه (أن المحاباة أقوى ، لانهـــا تثبت في ضمن عقد المعاوضة) لانها حصلت في البيـــع والبيـــع عقد ضمان ، لان المبيـــع مضمون

المعاوضة ، فكان تبرعاً بمعناه لا بصيغته ، والاعتاق تبرع صيغة ومعنى . فإذا وجدت المحاباة أولاً دفع الأضعف ، وإذا وجد العتق أولاً وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة ، على هذا قال أبو حنيفة رحمه الله إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق ، لأن العتق مقدم عليها فستويان . ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة نصفين . وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى

عليه يطالب بتسليم المبيع ، فصارت المحاباة بمنزلة الدين (فكان) أى البيع بالمحاباة (تبرعاً بمعناه) يعني من حيث المعنى (لا بصيغته) أى لا من حيث صيغته ، فان البيع بالمحاباة عقد تجارة ، حتى يجب للشفيع الشفعة ، فالشفعة تخصيص بالمعاوضات . ولهذا ان البيع بالمحاباة يصح من العبد المأذون والصبي المأذون والمرض لا يلحقه الحجر عن التجارة (والاعتاق تبرع صيغة ومعنى) لا تجارة فيه .

(فإذا وجدت المحاباة اولاً دفع الاضعف وإذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة) يعني لما وجد العتق أولا ثم وجدت المحاباة لم ترفع المحاباة لقوة العتق الذى نفذ في الثلث ، لانه لا يحتمل الرفع. ولما ثبت كل واحد من الحقين ثبتت المزاحمة ضرورة ، فيكونان سواء (وعلى هذا) وعلى هذا الاصل (قال ابو حنيفة «رح» إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما) في وقوعهما في ضمن عقد المعاوضة .

(ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة) من نصف الثلث (قسم بينها وبين العتق ، لان العتق مقدم عليها ، فيستويان ، ولو أعتق) اولاً (ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة ، وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني) لتخاسرهما (وعندهما العتق اولى بكل حال) .

بكل حال . قال ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله . وإن كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ ، وإن لم يهلك منها وبقي شيء عن الحجة يرد على الورثة . وقالا يعتق عنه بما بقي ، لأنه وصية بنوع قربة ، فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج . وله أنه وصية بالعتق لعبد يشتري بمائة ، وتنفيذها فيمن يشتري بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له ، وذلك لا يجوز . بخلاف

فان قلت ينبغي أن تقدم المحاباة الاولى على الثانية ، لان الاولى تقدم على العتق عنده والاخيرة من المحاباتين يساوى العتق عنده ، وقدم على أحد المتساويين يتقدم على المتساوى الآخر . قلت دل الدليل على تساوي المتحابيين، لانهما من جنس واحد، والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق . ولهذا لو وجدنا متفاضلين متساويان ودل الدليل على تقدم الاولى ما ذكرنا ، فعلمنا بهما ، وقلنا بالتساوى بين المتحابيين عملاً بالدليل الاول ، ثم ما اصاب الاخيرة يقسم بينهما وبين العتق بالدليل الثانى ، فيكون عملاً بالدليلين بقدر الإمكان .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقى عند أبي حنيفة «رح» وإن كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ ، وإن لم يهلك منها وبقى شيء عن الحجة يرد على الورثة ، وقالا يعتق عنه بما بقى ، لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج) وهو قياس قول الأئمة الثلاثة ، ولو فضل شيء من الحج يصرف إلى الحج ولا يرد إلى الورثة عند الثلاثة .

(وله) أى ولابي حنيفة (انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له ، وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج ، لانها قربة محضة

الوصية بالحج ، لأنها قربة محضة ، وهي حق لله تعالى ، والمستحق لم يتبدل ، فصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي إليه . وقيل هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه ، وهو أن العتق حق لله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى ، فلم يتبدل المستحق . وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى ، فاختلف المستحق ، وهذا أشبه . قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبداً قيمته مائة درهم ، وقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء ، لأن العتق في مرض الموت. وإن كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها تجوز بإجازة الورثة ، لأن الامتناع لحقهم وقد أسقطوه . قال و من أوصى

هي حق الله تعالى ، والمستحق لم يتبدل ، وصار كما إذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه ، وقيل هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه ، وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى ، فلم يتبدل المستحق وعنده) أي وعند أبي حنيفة «رح»(حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى،فاختلف المستحق ، وهذا أشبه) أي كون هذا الخلاف في عتق القسمة بناء على ان العتق حق الله عز وجل ، أو حق المملوك أشبه بالصواب ، لانه ثبت بالدليل انه حق العبد عنده . فيحلف المستحق إذا هلك منه شيء وتبطل الوصية ويرد المائة إلى ورثته ، كذا قاله الأكمل .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبداً قيمته مائةوقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء ، لأن العتق في مرض الموت . وإن كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا انها تجوز باجازة الورثة ، لأن الامتناع لحقهم وقد اسقطوه) فصار كما إذا اوصى لرجل بنصف ماله فأجازه الورثة

بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية ، لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى ، فكذلك على حق الموصى له ، لأنه يتلقى الملك من جهته ، إلا أن ملكه فيه باق ، إنما يزول بالدفع . فإذا خرج به عن ملكه بطلت الوصيـــة ، كما إذا باعه الموصي أو وارثه بعد موته ، فإن فداه الورثة كان الفداء في مالهم ، لأنهم هم الذين التزموه وجازت الوصية ، لأن العبد طهر عن الجناية بالفداء ، كأنه لم يجن فتنفذ الوصية . وقال ومن أوصى

سلم ذلك للموصى ، فكذا هذا .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن أوصى بعتق عبده ثم مـــات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية ، لأن الدفع قد صح ، لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي ، فكذلك على حق الموصى له ، لأنه يتلقى الملك من جهتـــه) أى لأن الموصي له يتلقى الملك من جهته (إلا أن ملكه فيه باق) منه استثناء من قوله لما أن حق ولي الجناية مقدم في العبد ، مع أن حق المولى مقدم معنى أن الملك الموصى في العبد باق ، مع أن حق المولى مقدم (وإنما يزول بالدفع) فما لم يدفع يبقى حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الوارث لا يعتق عليه ، كما إذا كان العبد أخاً لامرأة الموصي مثلاً ، وإنما يبقي ملكه فيه إلى أن يستغني عن حاجة فيه ، لأن مالك الورثة بسبيل الخلافة فما لم يستغن الأصل عن حاجة لا تثبت الخلافة .

(فإذا خرج) أى بالدفع (به عن ملكه بطلت الوصية ، كما إذا باعه الموصي أو وارثه) أى أو باع وارثه (بعد موته) بأن يظهر على الميت دين وقد أوصى بعتق العبد يقع العبد بدينه (فإن فداه الورثة كان الفداء في مالهم) أى كانوا متبرعين فيما فدوه به (لأنهم هم الذين التزموه وجازت الوصية ، لأن العبد طهر) بالطاء المهملة من الطهـــارة (عن الجناية بالفداء ، كأنه لم يجن فتنفذ الوصية) .

بثلث ماله لآخر فأقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هـــذا العبد ، فقال الموصى له أعتقـــه في الصحة . وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له ، إلا أن يفضل من الثلث أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة ، لأن الموصى لـــه يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق ، لأن العتق في الصحة ليس بوصية ، ولهذا ينفذ من جميع المـــال والوارث ينكر ، لأن مدعاه العتق في المرض وهو وصية ، والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال ، فكان منكراً والقول قول المنكر مـــع اليمين . ولأن العتق حادث ، والحوادث تضاف إلى أقرب الاوقات للتيقن بها ، فكان الظاهر شاهداً للوارث فيكون القول قوله مع اليمين ،

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن اوصى بثلث ماله لآخر فأقر الموصى لـــه والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه في الصحة ، وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له ، إلا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم له) أي للموصى له (البينة أن العتق في الصحة ، لان الموصى له يدعى استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق ، لإن العتق في الصحة ليس بوصية ، ولهـــذا ينفذ من جميـــع المال ، والوريث ينكره ، لان مدعـــاه العتق في المرض وهو وصية ، والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المـــال ، فكان) أي الوارث (منكراً ، والقول قول المنكر مع اليمين) .

(ولان العتق حـــادث ، والحوادث تضاف إلى أقرب الاوقات للتيقن بها) أي بأقرب الاوقات ، وأقرب الاوقات وقت المرض (فكان الظاهر شاهداً للوارث ، فيكون القول قوله مع اليمين) .

إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد ، لانه لا مزاحم له فيه أو تقدم له البينة أن العتق في الصحـــة ، لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ، وهو خصم في إقامتها لاثبات حقه . قال ومن ترك عبـــداً فقال للوارث أعتقني أبوك في الصحة ، وقال رجل لي على أبيك ألف درهم فقال صدقتما فإن العبـــد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة. وقالا يعتق ولا يسعى في شيء ، لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معاً بتصديق الوارث في كلام واحد ، فصارا كأنهما كانا معاً ، والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين . وله أن الاقرار بالدين أقوى ، لانه يعتبر من جميع المال ،

(قال) أي محمد « رح » (وإلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لامزاحم له فيه ، أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة ، لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ، وهو خصم في إقامتها لإثبات حقه) قال الكاكي هذا جواب عن اشكال وهو أن الدعوى في العتق شرط لإقامة البينة عنده ، فكيف تصح إقامة البينة من غير خصم ، فقال هوخصم في إقامة البينة في اثبات حقه . وقال فخر الإسلام يوجب أن يستخلف الوارث إن لم يقم بينة الموصى له بالثلث .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن ترك عبداً فقـــال للوارث أعتقني أبوك في الصحة ، وقال رجل لي على أبيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة «رح» . وقالا يعتق ولا يسعى في شيء ، لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معاً بتصديق الوارث في كلام واحد ، فصارا كأنهما كانا معـــاً . والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين) .

(وله) أي ولابي حنيفة (أن الإقرار بالدين أقوى ، لانه يعتبر من جميـــع المـــال

والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفـــع الادنى فقضيته أن يبطل العتق أصلاً ، إلا أنـه بعد وقوعـه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية . ولان الدين أسبق ، لانه لا مانع له من الاسنـاد ، فيسند إلى حالة الصحة، ولا يمكن إسناد العتق إلى تلك الحالة ، لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجاناً ، فتجب السعاية . وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين ، وقال الآخر كان لي عنده ألف درهم وديعة فعنده الوديعة أقوى ، وعندهما سواء .

والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث ، والاقوى يدفـع الادنى فقضيته) أي قضية هذا المذكور بالوجه المذكور (أن يبطل العتق أصلا) لان اسناد الإقرار بالعتق إلى الصحة إنما يصح إذا لم يوجد المانع من الإسناد وقد وجد المانع وهو أن ينتقل الدين قارنه منـع الاسناد إلى حالة الصحة ، فاقتصر العتق على حالة المرض . فعلى هذا كان ينبغي (إلا أنه) أي أن العتق (بعد وقوعه لا يحتمل البطلان ، فيدفـــع من حيث المعنى) لا من حيث الصورة (بايجاب السعاية) على العبد ، ويقضى به الدين .

(ولان الدين اسبق ، لانه لا مانع له من الإسناد فيسند إلى حالة الصحة ، ولا يمكن إسناد العتق إلى تلك الحالة ، لأن الدين يمنع العتق في حالة المرض مجاناً ، فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف) المذكور (إذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين ، وقال الآخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده) أي فعند أبي حنيفة (الوديعة أقوى ، وعندهما سواء) أي الدين والوديعـــة سواء ، وفي عامة الكتب نحو المنظومة وشروحها والكافي ذكروا اختلاف على عكس ما ذكر صاحب الهداية .

وقال الكاكي والاصح ما ذكر فيها . وقال الاترازي جعل صاحب الهداية والوديعة

(فصـــل)

قال ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعـالى قدمت الفرائض منهـا قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات ، لان الفريضة أهم من النافلة ، والظاهر منه البداءة بما هو الاهم .

أقوى عند أبي حنيفة ، وجعل الدين والوديعة سواء عند صاحبيه والكبار قبل صاحب الهداية ذكروا الخلاف على عكس هذا . ونقل عن الكافي للحا كم الشهيد بعـــد أن ذكر صورة قال ابو حنيفة الالف بينهما نصفان ، وقال أبو يوسف ومحمد « رح » صاحب الوديعة أولى ، ونقل هكذا عن الفقيه أبي الليث ، ونقل ايضاً عن القدوري انه ذكر في التقريب هكذا . وكذا نقل عن المنظومة من كتاب الإقرار في باب ... [1] أبي حنيفة خـلافاً لصاحبيه لو ترك الف وهذا يدعي ديناً وذاك قال هذا مدعى والابن قد صدق هـذين معاً استويا وأعطيا من ادعى والله أعلم .

(فصل)

أي هذا فصل في بيان الوصايا إذا ضاق عنها الثلث .

(قال) أي القدوري (ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى) من زكاة أو صلاة أو صوم أو حج أو فطر أو كفارة ونحو ذلك (قدمت الفرائض منها قدمهـــا الموصي أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات ، لان الفريضة أهم من النافلة . والظاهر منه) أي من الموصي (البداية بما هو الاهم) وقال الشافعي وأحمـــد ديون الله وديون العباد يتخاصان ، وبه قال أصحاب الظاهر وأبو ثور واسحاق وأبو سليمان ، وهو قول الحسن وعطاء وابن المسيب والثوري . وقال الشافعي في قول ديون الله تقدم . وقال مالك يبدأ بالعتق في المرض ثم التدبير ثم بعدها الزكاة المفروضة ثم عتق عبد بعينـــه أو صبي بأن يشترى فيعتق ثم الكتابة ، أي بوصيته بالكتابة لعبد ثم أداء الحج ثم الإقرار بالدين لمن

---

(١) هنا كلام ناقص من الاصل .

فان تساوت في القوة بديء بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث ، لان الظاهر أنه يبتديء بالاهم . وذكر الطحاوي أنه يبتديء بالزكاة ويقدمها على الحج ، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف . وفي رواية عنه أنه يقدم الحج ، وهو قول محمد . وجه الاولى أنهما وإن استويا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العباد ، فكان أولى . وجه الاخرى أن الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصراً عليه ، فكان الحج أقوى ثم تقدم

لا يجوز إقراره أو عتق رقبته عن ظهار أو قبل أو يخلص رقبة الظهار مع رقبة العبد.ثم الموصى به الكفارة يبين ثم بالإطعام على ما فرط من قضاء رمضان ثم النذر .

(فإن تساوت) أي الوصايا (في القوة) بأن كانت كلها فرائض أو نوافل كالجسور والرباطات والمساجد (بديء بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث ، لان الظاهر انه يبتديء بالاهم) وقال الكرخي في مختصره قال هشام عن محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» من الحج والصدقة والعتق وغير ذلك فأوصى رجل فكان الثلث يبلغ ذلك كله . فان كان كله تطوعاً بديء بالاول فالاول مما نطق به حتى يأتي آخره أو ينقضي الثلث فيبطل ما بقي ، وكذلك إن كانت الوصايا كلها فريضة بديء بالاول حتى يكون النقصان على الآخر ، وإن كان بعضه فريضة وبعضه تطوعاً بديء بالفريضة وإن أخرها. وإن كان بعضه تطوعاً وبعضه شيء أوجب على نفسه بديء بالذي أوجبه على نفسه،وإن كان قدم اخره ، قال هشام إلى هنا قولهم جميعاً .

(وذكر الطحاوي «رح» انه يبتديء بالزكاةويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف في رواية عنه أنه يقدم الحج وهو قول محمد.وجه الاولى) أي الرواية الاولى (انهما) أي ان الحج والزكاة (وان استويا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان اولى وجه الاخرى) أي الرواية الاخرى (ان الحج يقام بالمال والنفس والزكاة

الزكاة والحج على الكفارات لمزيتهما عليه في القوة إذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات والكفارات في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر ، لأنه عرف وجوبها دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للإتفاق على وجوبهـــا بالقرآن .

بالمال قصراً عليه ، فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات) طريقان أى لمزية الكفارة والحج عليها (لمزيتها عليها في القوة) أى على الكفارات (إذ قد جاء فيهما) أى في الزكاة والحج (من الوعيد ما لم يأت في الكفارات) قال الله تعالى ﴿ والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها ﴾ ... الآية ٢٤ التوبة .

وروى ابن ماجة عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ انه قال ما من أحد لا يؤدى زكاة ماله إلا مثل له يوم القيامة شجاعاً أقرع حتى يطوق عنقه ، ثم قرأ النبي ﷺ ﴿ ولا تحسبن الذين يبخلون بما آتاهم الله من فضله ﴾ ... الآية ، ورجـــاله رجال الصحيح . وقال ﷺ من مات وعليه حجة الإسلام إن شاء مات يهودياً وإن شاء نصرانياً وإن شاء مجوسياً ، انتهى هـــذا الحديث ، ذكره الكاكي في شرحه هكذا والترمذي أخرجه من حديث علي رضى الله تعالى عنه قال ، قال رسول الله ﷺ من ملك زاداً أو راحلة يبلغه إلى بيت الله ولم يحـــج فلا عليه ان يموت يهودياً أو نصرانياً . وفي إسناده هلال بن عبد الله مجهول ، والحارث ضعيف ، وقال الترمذي حديث غريب .

وروى الدارمي من حديث أبي أمامة وفيه فليمت إن شاء يهودياً أو نصرانياً . وروى ابن عدي في الكامل عن أبي هريرة قال ، قال رسول الله ﷺ من مات ولم يحـــج حجة الإسلام في غير وجع حابس أو حجة ظاهرة أو سلطان جائر فليمت إن شاء إمـــا يهودياً أو نصرانياً ، وفي مسنده عبد الرحمن بن القطان . قـــال الفلاس كان كذاباً ، انتهى . فلهذا كما ترى ليس في شيء منه ، وان شاء مجوسياً ، مع أن حال الحديث كما رأيته .

(والكفارات في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر ، لأنه) أى لأن الشأن (عرف وجوبهـــا) أى وجوب الكفارات الثلاثة (بالقرآن دون صدقة الفطر) فإن

والإختلاف في الأضحيـــة وعلى هـــذا القيـاس يقـدم بعض الواجبات على البعض . قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لمـــا بينا . وصار كما إذا صرح بذلـــك . قالوا إن الثلث يقسم جميـــع الوصايا ما كان لله تعالى ، ومـا كان للعبـد فما أصاب القرب صرف إليهـا على الترتيب الذي ذكرناه ، ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة ، لأنـــه إن كان

وجوبها بالأخبار وترك كفارة الإفطار ، لأنها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد ، وثبوت صدقة الفطر بآثار مستفيضة (وصدقة الفطر مقدمـــة على الأضحية للاتفاق على وجوبها) أي وجوب صدقة الفطر (والاختلاف في الأضحية) فانها غـــير واجبة عند الشافعي والأضحية مقدمة على النوافل ، لأنها واجبة عندنا (وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على بعض) كالعشر مع الخراج ، فان العشر مقـــدم على الخراج وصدقة الفطر تقـــدم على النذر ويكون صدقة الفطر واجبة بإيجاب الشرع والنـــذر بإيجاب العبد .

(قال) أي القدوري (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا) أشار به إلى قوله لأن الظاهر أنه يبتدىء بالأهم (وصار كما اذا صرح بذلك) وقال إبدأوا بمـــا بدأت به ، ولو قال كذلك لزمه تقديم ما قدم ، فكذا هنا ، وهو ظاهر الرواية .وروى الحسن عن أصحابنا انه يبدأ بالافضل فالأفضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق مثلاً سواء رتب هذا الترتيب أو لم يرتب .

(قالوا) أي المشايخ (إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى ، ومـــا كان للعبد فما أصاب القرب) بضم القاف وفتح الراء جمع قربة بضم القاف وسكون الراء ، وهو مايتقرب به إلى الله تعالى من الأعمال الصحيحة (صرف اليها على الـــترتيب الذي ذكرناه) أي فيما مضى في هـــذا الفصل (ويقسم على عدد القرب ، ولا يجعل الجميـــع كوصية واحدة ، لأنه إن كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى ، فكل واحـــدة في نفسها

المقصود بجميعها رضا الله تعالى ، فكل واحـــدة في نفسها مقصود فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين . قال ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده يحج راكباً ، لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده ، ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده ، والوصيـــة

مقصودة فينفرد كما ينفرد وصايا الآدميين) .

فإن قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ، ولزيد يقسم على أربعة أسهم لما ذكره المصنف بقوله لأنه إن كان المقصود إلى آخره . وفي تحفة الفقهاء إذا كان مع الوصايا الثانية لحق الله تعالى الوصية للآدمي ، فان الموصى له يضرب مـــع الوصايا في القرب ، ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب ، ولا يجعل كلها جهة واحدة ويقـدم الفرض على حق الآدمي لحاجة العبد . ثم انها يصرف الثلث إلى الحـج الفرض والزكاة ، والكفارات ، إذا أوصى بها فأما بدون الوصية فلا يصرف الثلث اليها ، بل يسقطعندنا خلافاً للشافعي ، وإذا اوصى يعتبر من الثلث لتعلق حق الورثة بماله فيمرض الموت .

وفي شرح الطحاوي وإن كان ثلث ماله يحتمل جميعما اوصى به ، فإنه ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله ، وإن كان ثلث ماله لا يحتمل جميـع ذلك،فان أجازت الورثةفكذلك وإن لم تجز الورثة فإنه ينتظر إن كانت وصاياه كلها للعباد ، فإنهم يضاربون بالثلث بينهم بالحصص . فان كانت وصاياه كلها لله تعالى فانه ينظر إن كان كلهافرائض يبدأ بما بدأ به ، وإن كانت كلها واجبات فانه يبدأ بما بدأ به أيضاً . وكذلك كلها تطوعاً فان كان بعضها فرائض وبعضها واجبات ، وبعضها تطوع فانه يبدأ بالفرائض أولاً . وإن كان أخرها ثم بدأ بالواجبات ثم بالنوافل،وإن جمع هذه الوصايا كلها فانهم يتضاربون في الثلث بوصاياهم، فما أصاب العباد فهو لهم ولا يقدم بعضهم على بعض ، ومـا كان لله بجميع ذلك كله فيبدأ منها بالفرائض ثم بالواجبات ثم بالتطوع .

(قال) أي القدوري (ومن اوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده يحـج راكباً) وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول ، وقال في قول من الميقات(لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده ، ولهذا يعتبر فيه من المـال ما يكفيه من بلده ، والوصية لأداء

لأداء ما هو واجب عليه ، وإنمـــا قال راكباً لأنه لا يلزمه أن يحج ماشياً فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليـه . قال فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنـــه من حيث تبلغ . وفي القياس لا يحج عنه ، لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه ، غير أنا جوزناه لأنا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية ، فيجب تنفيذها مـــا أمكن ، والممكن فيه ما ذكرناه ، وهو أولى من إبطالها رأساً ، وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل .

ماهو الواجب عليه ، وإنما قال راكباً لأنه لا يلزمه أن يحج) لأن الموصي لم يكن يجب عليه الحج إذا لم يقدر على الراحلة ، وإنما يجب عليه إذا قدر على الراحلة ، فاذا وجب الحج راكباً يلزم الأداء على الذي يحج عنه كذلك راكباً . وقـال ابو الليث في كتاب نكت الوصايا ذكر هشام عن محمد أنه قال لو أن إنساناً قال انا أحج عنه من منزله بهـــذا المال (ماشياً فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه) لا يعطى له ذلك ويحج عنه مـــن حيث يبلغ راكباً . وأجاب في الواقعات المأمور بالحج له أن يحج ماشياً فالحج عن نفسه ويضمن النفقة .

(قال) أي القدوري (فان لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلـغ) أي النفقة ، وبه قال أحمد (وفي القياس لا يحج عنه ، لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير أنا جوزناه ، لأنا نعلم ان الموصى قصد تنفيذ الوصية ، فيجب تنفيذها مـــا أمكن والممكن فيه ما ذكرناه) وهو الإحجاج عنه من حيث تبلغ النفقة (وهو اولى ، من إبطالها رأساً) أي تنفيذ وصية بقدر الإمكان أولى من إبطالها بالكلية (وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق) أراد الفرق الذي على قول أبي حنيفة في الفصل المتقدم بينما إذا أوصى بأن يعتق بهذه المائه عبد فهلك منها درهم انه لا يعتق عنه بما بقي ، وبين الوصية بالحج بثلث ماله وثلث ماله لا يكفيه حيث يحج من حيث يحـــج . وهو أن المستحق تبدل في الأولى ولم يتبدلوا في الثانية (من قبل) أي من باب الوصية بالعتق .

قال ومن خرج من بلده حاجاً فمات في الطريق و اوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده ، عند أبي حنيفة ، وهو قول زفر . وقال أبو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحساناً ، وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق . لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره ، وقد وقع أجره على الله ، فيبتدىء من ذلك المكان كأنه من أهله ، بخلاف سفر التجارة ، لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده . وله أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه الذي وجب ، والله أعلم .

(قال) أي القدوري (ومن خرج من بلده حاجاً) قيد بقوله حاجاً لأنه لو خرج تاجراً ومات فانه يحج من بلده بالاتفاق (فمات في الطريق وأوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده عند أبي حنيفة ، وهو قول زفر «رح» . وقال أبو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحساناً) وبه قال أحمد والشافعي في قول . وقيل هذا الخلاف فيما إذا كان له وطن . وأما إذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق . (وعلى هذا الخلاف المذكور إذا مات الحاج عن غيره في الطريق) فعند أبي حنيفة «رح» يحج عنه من بلده وعندهما يحج عنه من حيث مات .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد «رح» (أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله) قال الله تعالى ﴿ ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله ﴾ ١٠٠ النساء ، فلا يجوز ابطال ذلك المقدار من الخروج (فيبتدأ من ذلك المكان كأنه من أهله ، بخلاف سفر التجارة ، لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده) .

(وله) أي ولأبي حنيفة «رح» (أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما قررناه) أشار به إلى قوله لأن الواجب لله الحج من بلده (أداء) أي لأجل الأداء

(باب الوصية للأقارب وغيرهم)

قال ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفـــة « رح » وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ، ويجمعهم مسجد المحلة . وهذا استحسان ، وقوله قياس ، لأن الجار من المجاورة

(الواجب على الوجه الذي وجب) وهو الحج من بلده . وفي كتاب نكت الوصايا فان كان للرجل اوطان شتى فان كان مات في بعض الاوطان يحج من ذلك الوطن ، وإن مات في السفر يحج من أقرب الاوطان إلى مكة (والله أعلم) .

(باب الوصية في الاقارب وغيرهم)

أي هذا باب في بيان أحكام حكم الوصية للأقارب وغيرهم ، إنما أخر هذا الباب عما تقدمه ، لأن في هذا الباب ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين. وفيما تقدمه ذكر أحكامها على العموم والخصوص يتلو العموم .

(قال) أي القدوري (ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة «رح» . وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان) أي القدوري لم يذكر خلاف أبي يوسف ومحمد ، وقد ذكر في التقريب ، قال ، قال محمد في الإملاء إذا اوصى لجيرانه فالوصية للملاصقين قربت الأبواب أو بعدت عند أبي حنيفة «رح» . وقالا لمن يجمعهم مسجد في الجماعة ...وذكر ابن شجاع عن أبي يوسف « رح » اعتبار أهل المحلة الذين يصلون في مسجد واحد . قال هذا قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، وروى بشر عن أبي يوسف ان الجيران الذين يجمعهم محلة واحدة وان تفرقوا في مسجدين متقاربين ، وان تباعدوا وكان واحداً عظيماً جامعاً لكل اهل مسجد جيران دون الآخرين . وإن كان في المصر قبائل فالجيران الأفخاذ دون القبائل ، إلى هنا لفظ التقريب .

وهي الملاصقة حقيقة ، ولهذا يستحق الشفعة بهـــذا الجوار . ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق . وجه الإستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيراناً عرفاً ، وقد تأيد بقوله ﷺ لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد .

(وقوله) أى وقول أبي حنيفة (قياس) وبه قال زفر (لأنه الجار من المجاورة ،وهي الملاصقة حقيقة . ولهذا) أى ولكون الجار هو الملاصق (يستحـق الشفعة بهـذا الجوار) أي بجوار الملاصق .

(ولأنه) أى ولأن الشأن (لما تعذر صرفه) أى صرف ما أوصى لجيرانه(إلىالجميع) الجيران (يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق) وقال الشافعي وأحمـد «رح» هم أهل أربعين داراً من كل جانب . وفي الامصار التي فيها القبائل فالجوار على الافخاذ لمـا روى أبو هريرة «رض» أنه عليه السلام قال الجـار أربعون داراً هكذا وهكذا . وفي المغني لابن قدامة وهذا نص إن صح وإلا فالجار هو المقارب ويرجع في ذلك إلى العرف.

(وجه الاستحسان أن هؤلاء) أي الملاصقون وغيرهم (كلهم يسمون جيراناً عرفاً) أى من حيث عرف الناس(وقد تأيد ذلك بقوله عليه السلام) أي بقول النبي ﷺ(لاصلاة لجار المسجد إلا في المسجد) هذا الحديث رواه الحاكم والدارقطني عنأبي هريرةمرفوعاً ورواه الدارقطني ايضاً عن جابر مرفوعاً ، ورواه ابن عباس عن عـائشة رضى الله تعالى عنها مرفوعاً بأسانيد ضعيفة . وقال ابن الجوزى هذا حديث لا يصح عن رسول الله ﷺ قال ابن حزم هذا حديث ضعيف ، وهو الحديث الصحيح من قول علي رضى الله تعالىعنه قلت رواه البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي انه بلغه عن هشيم وغيره عن أبي حبان انتهى . قرابته عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه انه قال لا صلاة لجـار المسجد إلا في المسجد ، قيل ومن جار المسجد ، قال من أسمعه المنادي . قال القدوري فيالتهذيب وقد قال هلال الرأي أن الجار من اسمعه المنادي لأنه روي عن علي رضى الله تعالى عنـه أنه قال لا صلاة لجار المسجد ... إلى آخره .

وفسره بكل من سمع النداء ، ولأن المقصد بر الجيران ، واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره ، إلا أنه لا بد من الإختلاط ، وذلك عند اتحاد المسجد . وما قاله الشافعي رحمه الله الجوار إلى أربعين داراً بعيد ٠ وما يروى فيه ضعيف . قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك ،

(وفسره بكل من سمع النداء) قال تاج الشريعة وفسره أى النبي ﷺ فقال هم الذين يجمعهم مسجد واحد ، انتهى قلت هذا غريب منه ، وكيف يقال وفسره النبي ﷺ والحديث لم يصح عن النبي ﷺ ولئن سلمنا انه صح ولم يفسره النبي ﷺ هكذا ، وإنما فسره علي بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه فيما روى عنه موقوفاً عليه كما ذكرنا الآن .

فإن قلت يمكن أن يقال وفسره علي رضى الله تعالى عنه . قلت نعم علي رضى الله تعالى عنه فسره هكذا ، ولكن فسر حديث نفسه حين سئل كما ذكرنا ، والمصنف ما أسند الحديث إلى علي رضى الله تعالى عنه حتى يصح أن يقال وفسره علي ، ولو قال وفسر على صيغة المجهول لكان أصوب على ما لا يخفى .

(ولأن المقصد بر الجيران) أي المقصود من وصية الشخص لجيرانه وحول إحسانه اليهم (واستحبابه) أي استحباب البر (ينتظم الملاصق وغيره ، إلا انه) أي جيرانه (لا بد من الاختلاط) وهذا جواب من قال ينبغي ان يستحق غير من يجمعه المسجد فأجاب بأنه لا بد من الاختلاط (وذلك) أى الاختلاط (عند اتحاد المسجد) قيل حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجمع جيران .

(وما قاله الشافعي الجوار إلى أربعين داراً بعيد) باعتبار العرف (وما يروى فيه ضعيف) أى الذي روي في أن الجار إلى أربعين داراً حديث ضعيف لم يثبت . أما الحديث فقد رواه البيهقي عن أم هانىء بنت أبي صفرة عن عائشة رضى الله تعالى عنها عن النبي ﷺ قال أوصاني جبريل عليه السلام بالجار إلى أربعين داراً عشرة من هاهنا . أو عشرة من هاهنا ، وعشرة من هاهنا ، وعشرة من هاهنا ، انتهى . وقال في إسناده ضعف .

والذكر والأنثى ، والمسلم والذمي ، لأن إسم الجار يتناولهم ، ويدخل فيه العبد الساكن عنده لإطلاقه ، ولا يدخل عندهما ، لأن الوصيه له وصية لمولاه وهو غير ساكن . قال ومن أوصى

ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده عن عبد السلام بن أبي الجنوب عن أبي سلمة عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه قال ، قال رسول الله ﷺ حق الجوار إلى أربعين داراً هكذا وهكذا وهكذا وهكذا يميناً وشمالاً وقدام وخلف. وعن أبي يعلى رواه ابن حبان في كتاب الضعفاء وأعله بعبد السلام بن أبي الجنوب ، وقال انه منكر الحديث . وأما قول من قال هذا حديث لا نعرف رواته فغير صحيح ، ذكره الأكمل بقوله قيل هذا خبر لا نعرف رواته ، وكيف يقال هذا وقد عين البيهقي وأبو يعلى رواته ، ولكن لم يصح لما ذكرنا .

(قالوا) أي المشايخ (ويستوي فيه) أي فيما أوصى به رجل فجيرانه (الساكن) بالإجارة والعارية (والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمي ، لأن اسم الجار يتناولهم) وفي الزيادات قال محمد وأما الافاني أحسن أن جعل[1] الوصية لجيرانه الملازقين الساكن ممن يملك تلك الدور وغيرهم ممن لا يملكها ومن يجمعه مسجد تلك المحلة الذي فيهم الموصي من الملازقين وغيرهم ، والسكان من تلك المحلة وغيرهم سواء في الوصية الاقربون والأبعدون ، والكافر والمسلم ، والصبي والمرأة في ذلك سواء ، وليس المماليك والمدبرين وأمهات الأولاد في ذلك شيء .

(ويدخل فيه) أي فيما اوصى به لجيرانه (العبد الساكن عنده) أي عند أبي حنيفة «رح» (لإطلاقه) أي لاطلاق اسم الجار على المملوك وغيرهم (ولا يدخل عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد (لأن الوصية له) أي العبد (وصية لمولاه ، وهو) أي مولاه (غير ساكن) فلا يتناوله.

(قال) أي القدوري (ومن أوصى لأصهاره) أي لأقرباء امرأته (فالوصية لكل

---

(١) هكذا رسم الكلام في الأصل.

لأصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته ، لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها إكراماً لها ، وكانوا يسمون أصهار النبي عليه الصلاة والسلام ،

ذي رحم محرم من امرأته) أي فالوصية تكون لكل ذي رحم محرم مجرور ، لأنه صفة ذي رحم محرم (لما روى أن النبي ﷺ لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها إكراماً لها وكانوا يسمون أصهار النبي ﷺ) قوله صفيه وهم ، وصوابه جويرية. أخرجه أبو داود في سننه في العتاق عن محمد بن إسحاق عن محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة رضى الله تعالى عنهما قالت وقعت جويرية بنت الحارث بن المصطلق في سهم ثابت ابن قيس بن شماس وابن عم له ، فكاتبت على نفسها وكانت امرأة ملاحة تأخذ العين قالت عائشة رضى الله تعالى عنها فجاءت تسأل رسول الله ﷺ في كتابتها ، فلما قامت على الباب رأيتها فكرهت مكانها ، وعرفت أن رسول الله ﷺ سيرى منها مثل الذي رأيت ، فقالت يا رسول الله ﷺ أنا جويرية بنت الحارث ، وقد كان من أمري ما لا يخفى عليك ، وإني وقعت في سهم ثابت بن قيس بن شماس ، وإني كاتبت على نفسي فجئت أسألك في كتابتي ، فقال رسول الله ﷺ فهل لك إلى ما هو خير منه ، قالت يارسول الله ﷺ وماهو ، قال أؤدي عنك كتابتك وأتزوجك ، قالت نعم يارسول الله ﷺ ، قال قد فعلت. قال فتسامع الناس أن رسول الله ﷺ قد تزوج جويرية فارسلوا ما بأيديهم — يعني من السبي — فأعتقوهم ، وقالوا أصهار رسول الله ﷺ ، قالت فما رأيت امرأة كانت أعظم بركة على قومها منها ، أعتق في سببها مائة أهل بيت من بني المصطلق ، انتهى .

ورواه الواقدي من طريق اخرى وفيه وكان الحارث بن أبي ضرار رأس بني المصطلق وسيدهم ، وكانت ابنته جويرية اسمها برة فسماها رسول الله ﷺ جويرية ، لأنه كان يكره أن يقال أخرج من بيت برة ، ويقال ان رسول الله ﷺ جعل صداقها عتق كل أسير من بني المصطلق . ويقال جعل رسول الله ﷺ صداقها عتق أربعين من قومها .

وهــذا التفسير اختيــار محمد وأبي عبيدة « رح » . وكـذا يدخل فيــه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة إبنــه وزوجة كل ذي رحــم محرم منه ، لأن الكل أصهار ، ولو مات

(وهذا التفسير) أشار به إلى التفسير المذكور ، وإنما قيل بهذا لأن الذي يجيء في اللغة بمعنى الختن ايضاً (اختيار محمد وأبي عبيدة «رح») محمد هو ابن الحسن وأبو عبيد القاسم بن سلام ، قال الأترازي قول محمد «رح» حجة في اللغة استشهد بقوله أبو عبيد في غريب الحديث . وقال في مجمل اللغة قال الخليل لا يقال لأهل بيت المرأة الأصهار، وكذا قال الجوهري وقد نظم الإمام نجم الدين هو النسفي في نظمه لكتاب الزيادات يشتمل على معنى الصهر والختن ، فقال أصهار من يوصى أقارب عرسه ، ويزول ذاك ببائن وحرام اختانه أزواج كل محارم ، ومحارم الأزواج بالأرحام .

وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الزيادات أما الصهر فقد ينطلق على الختن، لكن الغالب ما ذكره محمد ، قال عاصم بن عدي :

ولو كنت صهراً لابن مروان قربة وكأني إلى المعروف والطعن الرحب
ولكنني صهر لآل محمد وخال بني العباس والخــال كالاب

سمى نفسه صهراً وكان أخا امرأة العباس ثم قال فخر الإسلام «رح» فيه ومن شرطه بقاء هذا الإسم أن يموت الموصي وهذه نساؤه أو في خصمه من طلاق رجعي ، أما بعـد البينونة فتنقطع المصاهرة ، وإنما تعتبر يوم الموت، يعني أن المرأة إذا كانت زوجة الموصى يوم موت الموصى . أو كانت معتدة من طلاق رجعي، فأما بعد البينونة فتنقطع المصاهرة وإنما يعتبر يوم الموت، يعني أن المرأة إذا كانت زوجة الموصي يوم موت الموصي، أو كانت معتدة من طلاق رجعي يستحق أقرباء المرأة الوصية باسم الصهر . وإذا كانت مبانة يوم موته لا يستحق بها ، لانقطاع المصاهرة بالإبانة وعدم الانقطاع فيما لم يكن مبانة (وكذا يدخل فيه) أى فيما اوصى لجيرانه (كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنــه وزوجة كل ذي رحم محرم منه ، لأن الكل اصهار) لما مر من حديث جويرية .

الموصي والمرأة في نكاحه أو في عدتــــه من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية . وإن كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقهــــا ، لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح ، وهو شرط عند الموت . قال ومن أوصى لأختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم منه ، وكذا محارم الأزواج ، لأن الكل يسمى ختناً ، قيل هذا في عرفهم ، وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم ، ويستوي فيه الحر والعبد والأقرب

(ولو مات الموصي والمرأة في نـكاحه أو في عدته) أي أو كانت المرأة في عدة (من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية ، وان كانت في عدة عن طلاق بائن لا يستحقها ، لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح ، وهو شرط عند الموت) وقد شرح هذا فخر الإسلام ، وقد ذكرناه آنفاً .

(قال) أي القدوري (ومن أوصى لأختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه ، وكذا محارم الأزواج) أي المحـــارم أزواج كل ذي رحم محرم من الموصي . وفي شرح الكافي الأختان أزواج البنات والأخوات والعمات والخالات ، وكذا زوج كل ذي رحم محرم من أزواج هؤلاء ، هكذا ذكره محمد (لأن الكل يسمى ختناً ، قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم) قال أي الأترازي إنما كان هذا في قوله بعد أن قال وكذا محارم الأزواج ، لأن ذاك رواية الزيادات المذكورة ثمة في عرفهم ، لا على عرفنا ، لأن ازواج المحارم لا يسمون أختان وفي عرفهم يسمى الكل أختاناً .

وقال الكرخي في الزيادات إذا اوصى الرجل لأختانه بثلث ماله ثم مات فالاختان أزواج البنات ، والأخوات والعمات والخالات وكل امرأة ذات رحم محرم للموصي فزوجها من أختانه ، وكل ذي رحم محرم من زوجهـــا من ذكر وأنثى فهو أيضاً من أختانه ، ولا تكون الأزواج ذات رحم محرم المحرم . ومن كان من قبلهم من ذى الرحم المحرم ولا يكون الأختان ما كان من قبل نساء الموصي (ويستوى فيـــه الحر والعبد ، والأقرب والأبعد ، لأن اللفظ يتناول الكل) أي لفظ الأختان يتناول الكل .

والأبعد ، لأن اللفظ يتناول الكل . قال ومن أوصى لأقاربه فهي للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ، ولا يدخل فيه الوالدان والولد ، ويكون ذلك للاثنين فصاعداً ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام ، وهو أول أب أسلم أو أول آب أدرك الإسلام . وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ ، وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم.

(قال) أى القدوري (ومن اوصى لأقاربه فهي) أى الوصية (للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ، ولا يدخل فيه الوالدان والولد، ويكون ذلك للاثنين فصاعداً وهذا عند أبي حنيفة) وفي الكافي وكذا إذا أوصى لذوي قرابته أو لذوى أرحامه أو لذوى أنسبائه فهم عند أبي حنيفة الأقرب فالاقرب ، ومن كل ذي رحم محرم منه . ويدخل فيه الجد والجدة . وكذا ولد الولد في ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف ان الجد وولد الولد لا يدخل.

(وقال صاحباه) أي صاحبا أبي حنيفة وهما أبو يوسف ومحمد « رح » (الوصية لكل من ينسب إلى اقصى أب له في الإسلام) يعني لجميع قرابته من قبل الرجال والنساء إلى اقصى أب له في الإسلام ، لأن الطرفين جميعاً يشتركون في الثلث الأقرب منهم والأبعد ، والذكر والأنثى فيه سواء (وهو أول أب أسلم ، أو أول أب أدرك الإسلام) سواء أسلم أو لا . واختلف المشايخ في اشتراط إسلام أقصى الأب،قيل يشترط ، وقيل لا يشترط ، وهو معنى قوله (وإن لم يسلم)أى أقصى الأب (على حسب ما اختلف فيه المشايخ).

(وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب ، فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم) قال أقصى أب أدرك الإسلام أبو طالب فيدخل في الوصية أولاد علي وعقيل وجعفر رضي الله تعالى عنهم . ومن شرط إسلام أقصى أب هو علي فيدخل تحت الوصية اولاد علي دون

لهما أن القريب مشتق من القرابة ، فيكون إسماً لمن قامت به ، فينتظم بحقيقة مواضع الخلاف . وله أن الوصيـــة أخت الميراث . وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب ، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصد من هذه الوصية تلافى مـــا تفرط في إقامة واجب الصلة ، وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ، ولا يدخل

عقيل وجعفر ، وقال الشافعي وأحمـــد في رواية قرابته من قبل أبيه وأمـــه الذين ينسبون إلى الأدنى ، والأدنى ينسب اليه ، ويستوى فيـــه القريب والبعيد ، لأنهم قرابته عرفاً .

وقال مالك قريبه بالاجتهاد ، وقال محمد في رواية قريبه اولاده وأولاد أبنه وأولاد جده وأولاد جداته، لأن من هو أبعد منهم ، ويستوى فيـه الذكر والأنثى ، حتى لو أوصى لقرابـة النبي ﷺ أعطى أولاده اولاد عبد المطلب واولاد هاشم ، ولم يعط بني هاشم وبني نوفل ولم يسلم.

(لهما) أى لأبي يوسف ومحمد « رح » (أن القريب مشتق من القرابة ، فيكون) أى القريب (اسماً لمن قامت) أى لمن قامت القرابة (بـــه فينتظم) أى يشتمل اسم القريب (**بحقيقة مواضع الخلاف**) وهو ذو الرحم المحرم والرحم الأبعد .

(وله) أى ولأبي حنيفة (أن الوصية أخت الميراث ، وفي الميراث يعتـــبر الأقرب فالاقرب) فكذلك في الوصية (والمراد بالجمع المذكور فيه) أي في الاقرب (اثنان) **وهو قوله تعالى ﴿ فإن كان له أخوة ﴾ فإن المراد من الأخوة اثنان (فكذا في الوصية) اثنان ، لأن المثنى كالجمـــع في باب الميراث ، فكذلك في باب الوصيـــة ، لأن الوصية أخت الميراث (والمقصد من هذه الوصية) أي المقصود منها (تلافي ما فرط)** أي استدراك ما قصر (في إقامة واجب الصلة) لان صلة ذى الرحم المحرم واجبة دون غيره بالاجماع ، ولهذا لا يجوز الرجوع في هبته ويستحق النفقة دون غيره (وهو مختص) أى تلافي ما فرط في وجوب الصلة مختص (بذي الرحم المحرم منه ، ولا يدخل فيـــه) أى في الإيصاء على ذوي قرابته (قرابة الولاد) وهو الوالد والولد (فإنهم) أى فـــان

فيه قرابة الولاد ، فإنهم لا يسمون أقرباء . ومن سمى والده قريباً كان منه عقوقاً ، وهـــذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره ، وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ، ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه ، فعنده يقيد بما ذكرناه . وعندهما بأقصى الأب في الإسلام . وعنـــد الشافعي بالأب الأدنى .

الآباء والاولاد (لا يسمون أقرباء) لانهم أقرب من القرابة .

واوضح هذا المعنى بقوله (ومن سمى والده قريباً كان منه عقوقاً) من حيث العرف يدل عليه قوله تعالى ﴿ الوصية للوالدين والاقربين ﴾ ٨٠ البقرة ، عطف الاقربـــين على الوالدين والعطف يقتضي المغايرة، فلا يكون الوالد قريباً لا يكون الولد قريباً أيضاً، لأنه يلزم من قرب أحدهما إلى الآخر قرب الآخر إليه وإلا لا يثبت القرب أصلاً .

(وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره ، وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره) إذ لا واسطة بينهما (ولا معتبر بظاهر اللفظ) هـذا جواب عن قول أبي يوسف ومحمد « رح » أن القريب مشتق من القرابة ، فيكون إسماً لمن قامت به . وتقدير الجواب ان ظاهر اللفظ لا اعتبار به (بعد انعقاد الإجماع على تركه) أى ترك ظاهر اللفظ ، يعني أن ظاهر اللفظ وإن اقتضى صحة إطلاق إسم القريب على الوالد والولد، لكن الإجماع انعقد على ترك هذا الظاهر ، وبين ذلك بقوله (فعنده) أى فعند أبي حنيفة (يقيد بمـا ذكرناه) من الاقرب فالاقرب ، فالقيود الخمسة وهي كونه ذا رحم محرم ، واثنين فصاعداً ، وذلك ما سوى الوالد والولد من لا يرث ، والأقرب فالأقرب .

(وعندهما بأقصى الاب في الإسلام) أى عند أبي يوسف ومحمد يقيد بكل من يجمعه وأباه أقصى أب في الإسلام (وعند الشافعي بالاب الادنى) الذي ينسب اليـــه ، وهو قول محمد ايضاً .

قال ومن أوصى لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعمه عنده اعتباراً للأقرب كما في الإرث . وعندهما بينهم أرباعاً إذ هما لا يعتبران الأقرب . ولو ترك عماً وخالين فللعم نصف الوصيـــة والنصف للخالين ، لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الإثنان في الوصية كما في الميراث . بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية ، لأن اللفظ للمفرد ، فيحرز الواحد كلها إذ هو الأقرب. ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه . ولو ترك عماً

(قال) أي القدوري (وإذا أوصى) هذا إلى آخره تفصيل ما أجمله من القيود على مذهب أبي حنيفة ، يعني وإذا اوصى أحد(لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعمه عند أبي حنيفة اعتباراً للاقرب كما في الإرث) فانه يكون لعميه في الإرث دون خاليه ، هـــذا إذا أوصى أحد لاقاربه وله عمان وخالان والوصية لعميه عند أبي حنيفة .

(وعندهما بينهم أرباعاً إذ هما) أي عند أبي يوسف ومحمد (لا يعتبران الاقرب ، ولو ترك عماً وخالين فللعم نصف الوصية ، والنصف للخالين ، لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع ، وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث . بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته ، حيث يكون للعم كل الوصية ، لان اللفظ للمفرد) وهو قوله لذي قرابته (فيحرز الواحـــد كلها) أي كل الوصية (إذ هو الاقرب) أي لانـــه هو الاقرب ، فلا يستحق الابعد عند وجوده .

(ولو كان له عم واحد) أي فيما إذا اوصى لاقاربه وله عم واحد ولم يكن هو وارث كله نصف الثلث ، لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الإثنان ولم يوجد (فـــله نصف الثلث) والنصف الباقي يرد على الورثة (لما بيناه) اراد به قوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان .. إلى آخره .

(ولو ترك عماً وعمة وخالاً وخالة) أي فيما إذا أوصى لاقاربه (فالوصية للعم والعمة

وعمة وخالاً وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى والعمة ، وإن لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية . كما لو كان القريب رقيقاً أو كافراً . وكذا إذا أوصى لذوي قرابته أو لأقربائه أو لأنسبائه في جميع ما ذكرنا ، لأن كل ذلك لفظ جمع . ولو انعدم المحرم بطلت الوصية ، لأنها مقيدة بهذا الوصف .

بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى) أي قرابة العمومة من قرابة الخؤولة (والعمة وإن لم تكن وارثة) هذا جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة وتقوم الاخوات بسببهما فلم يكن قرابتها أقرب . وتقرير الجواب ان العمة وان لم تكن وارثة في هذه الصورة (فهي مستحقة للوصية) مساوية للعم في الدرجة وعدم استحقاقها العصوبة بوصف قائماً بها وهو الوراثة لا يخرجها عن مساواتها للعم في استحقاقها هذه الوصية .

(كما لو كان القريب رقيقاً أو كافراً) لما أن عدم جريان الميراث لوصف قائماً بهما لا يضعف في القرابة (وكذا) الحكم (إذا أوصى لذوى قرابته أولاقربائه او لانسبائه) أو هو جمع نسيب على وزن فعيل ، وهو القريب كالانصباء في جمع النصيب (في جميع ما ذكرنا) يعني من القيود المذكورة على قول أبي حنيفة خلافاً لهما (لان كل ذلك لفظ جمع) والمعتبر في كل جمع اثنان .

(ولو انعدم المحرم) يعني إن لم يكن الوصي محرم في هذه المسائل (بطلت الوصية) عند أبي حنيفة « رح » لان الوصية عنده لذى الرحم ، فإذا لم يكن للموصى قريب محرم كانت الوصية للمعدوم وهي باطلة ، وهي معنى قوله (لأنها مقيدة بهذا الوصف) أي لأن الوصية مقيدة بوصف المحرمية .

قال الأترازي « رح » قوله قال لم يقع مناسباً ، لأن عادة المصنف انه لم يذكر لفظ قال إلا إذا كانت مسألة القدوري أو الجامع الصغير ، أو كانت مذكورة في البداية ، وهذه مع ما بعدها ، أي قوله ومن اوصى لولد فلان ليست من تلك الجملة، وكل هذه المسائل مذكورة في مختصر الكرخي ، انتهى . قلت يمكن أن يقال إن فاعل قال

قال ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة . وقال يتناول كل من يعولهم وتضمنهم نفقته اعتباراً للعرف ، وهو مؤيد بالنص ، قال الله تعالى ﴿ وائتوني بأهلكم أجمعين﴾ ٩٣ يوسف ، وله أن اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى ﴿ وسار بأهله ﴾ ٢٩ القصص ،

هذا المصنف ، لأن من عادته في مواضع يقول قال ويكون المراد به قال المصنف ، ولما أخذ هذه المسألة مختصر الكرخي نقل كلامه بقوله (قال) أي المصنف (ومن أوصى لأهل فلان فهي) أي الوصية (على زوجته) أي زوجة فلان (عند أبي حنيفة) .

(وقالا يتناول كل من يعولهم) يعني فلان (وتضمهم نفقته) أي يجمعهم نفقته (اعتباراً للعرف ، وهو مؤيد بالنص . قال الله تعالى ﴿ وائتوني بأهلكم أجمعين ﴾ ٩٣ يوسف) فإنه ليس المراد به الزوجة فقط ، وكذا قوله ﴿ فأنجيناه وأهله إلا امرأته ﴾ ٥٧ النمل لكن لا يدخل مماليكه وإن كان يضمنه نفقته ، لأن الأهل لا يطلق عليهم في العرف . وفي مختصر الكرخي قال أبو يوسف ومحمد هذا على جميع من يعوله فلان ممن يضمنه نفقته غريباً كان أو غيره الزوجة واليتيم في حجره ، والولد إذا كان يعوله فإن كان كبيراً قد اعتزل عنه ، أو كانت بنتاً قد تزوجت فليس من أهله . وفي الزيادات ولا يدخل في ذلك مماليكه ولا وارث للموصي ، ولا يدخل فلان الموصى له أهله في معنى من هذه الوصية .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى ﴿ وسار بأهله ﴾ ٢٩ القصص) قاله الأترازي وفي الاستدلال بقوله نظر ، لأنه لم يرد في الآية الزوجة خاصة ، لأن الله تعالى قال ﴿ فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آنس من جانب الطور ناراً فقال لأهله امكثوا ﴾ بلفظ الجمع والآية في سورة القصص ، وكذلك خاطب في سورة طه ﴿وهل أتاك حديث موسى إذ رأى ناراً فقال لأهله امكثوا﴾ وقال الأكمل الجواب انه لم ينقل انه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمتهم نفقته ، فإن

ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا ، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة . قال ومن أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته ، لان الآل القبيلة التي ينسب إليها . ولو أوصى لاهل بيت فلان يدخل فيـــه أبوه وجده ، لان الاب أصل البيت . ولو أوصى لاهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب إليه ، والنسب يكون من جهة الآباء ، وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه ، لان الإنسان يتجنس بأبيه . بخلاف قرابته حيث

كان معه أحد من الأقارب لم يدخل فيه بالاتفاق على أن الحقـائق لا يستدل عليها ، لان طريق معرفتها السماع كما عرف في الاصول ، وإنما استشهد بالآية قياساً ، فان ثبت إنمـا في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه ، كالآيات التي استدل بها الاترازي ، فإنه قال وجه قولهما أن اسم الاهل ينطلق على كل من يعوله ويضمنه نفقته بدليل قوله تعالى في قصة يوسف ﴿وائتوني بأهلكم اجمعين﴾ وقوله تعالى ﴿فأنجيناه وأهله إلا امرأته﴾ وقوله تعالى ﴿ووهبنا له أهله ومثلهم معهم﴾ ولم يرد في هـذه المواضع الزوجة خاصة ، فيحمل على الكل .

(ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا) أي تزوج (والمطلق ينصرف إلى الحقيقة) يعني لغة وعرفاً ، فلا يعدل عنها (ولو اوصى لآل فلان فهو لاهـل بيته ، لان الآل القبيلة التى ينسب اليها) فيدخل فيه كل من ينسب اليه من قبـل آبائه إلى اقصى أب له في الإسلام الاقرب والابعد ، والذكر والانثى ، والمسلم والكافر ، والصغير والكبير فيه سواء ، ولا يدخل فيه اولاد البنات واولاد الاخوات ولا أحد من مراتب أمه ، لانهم ينسبون اليه لان النسب يعتبر من الآباء .

(ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده ، لان الاب أصل البيت) وعن أحمد أن أهل البيت بمنزلة قوله القرابة (ولو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه ، والنسب يكون من جهة الآباء ، وجنسه أهل بيت أبيه دون أمـه ، لأن الانسان يتجنس بأبيه) أى يتخذ الجنس من أبيه إذ الجنس عبارة عن النسب ، والنسب

تكون من جانب الام والاب . ولو أوصى لايتام بني فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لاراملهم إن كانوا قوماً يحصون دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ، ذكورهم واناثهم ، لانه أمكن تحقيق التمليك في حقهم ، والوصية تمليك . وإن كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم ،لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة ، وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة ، فجاز حمله على الفقراء .

من جانب الأب لا من جانب الأم ، فإن اسماعيل عليه السلام كان من هاجر ، وكان من جنس قوم أبيه ، وابراهيم بن النبي ﷺ كان من جنس قريش ، وكذا أولاد الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة (بخلاف قرابته ، حيث يكون من جانب الأم والاب) فيدخل في الوصية لقرابة كل من الجانبين .

(ولو أوصى لايتام بني فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لاراملهم إن كانوا قوماً يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ، ذكورهم وأناثهم ، لانه أمكن تحقيق التمليك في حقهم ، والوصية تمليك ، وإن كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم ، لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة ، وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء) والايتام جمع يتيم ، وهو اسم لمن كان دون البلوغ ولا أب له ، لقوله عليه السلام لا يتم بعد احتلام ، رواه أصحاب السنن عن علي « رض » عنه ، والعميان جمع أعمى ، والزمنى جمع زمن ، والارامل جمع أرمل ، والارمل هو الذي لا يقدر على شيء سواء كان رجلاً أو امرأة من أرمل إذا افتقر من الرمل كالرفع من الرفعا وهي الثواب ، ومن الناس من قال الارمل في النساء خاصة ، والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم وإناثهم وهو اختيار الشعبي . وقال أرمل القوم إذا فقدوا زادهم وصاروا محتاجين.

ومن لا زوجة له من الرجال هل يدخل فيه ؟ قال الشافعي في وجه وإسحاق يدخل وهو قول الشعبي ، وعند أكثر أهل العلم لا يدخل . قال الشعبي هذا اللفظ يطلق على الذكر لغة ، قال الشاعر :

هذي الأرامل قد قضيت حاجتها   فمن لحاجة هذا الارمل الذكر

قلنا المعروف في كلام الناس بأنه النساء ، وفي الشعر إطلاقه يجوز ، ولهذا وضعه بالذكر والانثى والشيء لا يوصف بنفسه ، ولئن كان حقيقة فقد هجرت الحقيقة بالعرف كما في سائر الحقائق العرفية .

ثم حد الإحصاء عند أبي يوسف أن لا يحصون بكتاب ولا حساب فهم لا يحصون . وقيل بحيث يحصى هم الحصا[1] حتى يلد فيهم مولوداً ويموت فيهم ، وهو قول محمد إذا كانوا اكثر من مائة فهم لا يحصون . وقال بعضهم هو مفوض إلى رأى القاضي ، وعليه الفتوى ، وما قال محمد هو الأيسر ، كذا في فتاوى قاضي خان . وعند الأئمة الثلاثة ان الوصية للكل سواء كانوا يحصون او لا ، ويدخل فيهم الأغنياء والفقراء .

وقال الكرخي في مختصره قال أبو يوسف ومحمد إذا أوصي بثلث ماله لأيتام بني فلان فإن كانوا يحصون دخل فيهم الغني والفقير ، فكان الثلث بينهم بالسوية الذكر والأنثى فيه سواء ، وإن كانوا لا يحصون فالثلث للفقراء منهم ، كأنه قال أوصيت للمساكين فيعطى الموصي من شاء منهم ، وكذلك لو قال اوصيت بثلث مالي لعميان بني فلان أو لزمني بني فلان ، فإن كانوا لا يحصون فالثلث بينهم للغني والفقير كلهم بالسوية ، وإن كانوا يحصون فالثلث للفقراء منهم على ما وصفت لك ، وإذا أوصي لأرامل بني فلان فالوصية بينهن لكل امرأة محتاجة لأن لها زوج طلقها أو مات عنها فهذه الأرملة قد أرملت عن زوجها ومالها ، ولا يدخل في ذلك ذكر محتاج ولا غني ،ولا يدخل في ذلك امرأة غنية ، فإن لم يمكن الإحصاء قسم ذلك بينهن بالسوية ، وإن كن لا يحصين فهذا على ما وصفت لك من أمر المساكين .

---

(١) هكذا الكلام في الأصل .

بخلاف مـــا إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون أو لأيامى بني فلان وهم لا يحصرن حيث تبطـــل الوصية ، لانـــه ليس في اللفظ ما ينبىء عن الحاجة فلا يمكن صرفـــه إلى الفقراء ، ولا يمكن تصحيحه تمليكاً في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم ، وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتباراً لمعنى الجمع ، وأقله اثنان في الوصايا على ما مر .

(بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون أو لأيامى) أي اوصى لأيامي (بني فلان) الأيامى جمع أيم ، وهي التي لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً (وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية ، لأنه) أي لأن الشأن (ليس في اللفظ) أي لفظ الشأن والأيامى (ما ينبىء عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء ، ولا يمكن تصحيحه تمليكاً في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم) وفي المبسوط فاذا لم يكن فيه ما ينبيء عن الحاجة كان المقصود هو التمليك ، وجهـالة المملك مانعـة لصحة التمليك ، إذ الصرف إلى الكل غير ممكن ، وليس بعضهم أولى من بعض ، فكانت الوصية باطلة .

في الايضاح الشاب من خمسة عشر إلى خمس وعشرين سنة إلى أن يبلغ عليه الشمط . والكهل من ثلاثين سنة إلى ان يغلب عليه النمط إلى آخر عمره . والشيخ ما زاد على سنه فجعل أبو يوسف الشيخ والكهل سواء فيما زاد على خمسين . وعن محمد الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر سنة ، والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل إذا بلغ اربعين فزاد عليه ما بين خمسين إلى ستين إلى ان يغلب عليه الشيب حتى يكون شيخاً . وعند أكثر أهل العلم الكهل ابن ثلاثين حتى يبلغ خمسين ، فاذا جاوز خمسين يكون شيخاً إلى ان يموت.

(وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتباراً لمعنى الجمـــع ، وأقله اثنان في الوصايا على ما مر) ولم يذكر المصنف فيه الخـلاف ، فينبغي أن يكون

ولو أوصى لبني فلان يدخل فيهم الإناث في قول أبي حنيفة أول قوليه وهو قولهما ، لان جمع الذكور يتناول الإناث ، ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة، لان حقيقة الإسم للذكور، وانتظامه للإناث تجوز ، والكلام لحقيقته . بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ

هذا على قول محمد ، لانه لا يجوز إلا الدفع إلى اثنين فصاعداً ، وعندهما يجوز ان يدفع كله إلى فقير واحد ، لان الكلام يصرف إلى الجنس والجنس إلى ثلاثة ، لانه أقل الجمع ، وعن أحمد يكفي الواحد كما في الزكاة . ولو اوصى لبني فلانة يدخل فيه الإناث في قول أبي حنيفة أول قوليه ، وهو قولهما ، لأن جمع الذكور يتناول الإناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة .

إيضاح هذا (ولو أوصى لبني فلان) فلا يخلو إما أن يريد لعمومه الإضافي،أويكون اسم قبيلة أو فخذ ، فإن كان الأول (يدخل فيه الإناث في قول أبي حنيفة « رض ») رجع اليه ، وكان يقول أولاً يدخل (أول قوليه، وهو قولهما ، لأن جمع الذكور) والخلاف عند الاختلاط بما إذا كن في بيت الإناث مفردات فلا يدخل بالاتفاق إلا أن يذكره المصنف ، لأن حقيقة الإسم للذكور ، وانتظامه الإناث يجوز ، والكلام بحقيقته ألا ترى أنه يصح أن يبقى اسم البنين على البنات ، ولا يصح في الذكور . فلو تناولها يكون جمعاً بين الحقيقة والمجاز .

فإن قيل خطاب الذكور (يتناول الإناث ثم رجع، وقال يتناول الذكور خاصة،لأن حقيقة الإسم الذكور وانتظامه للإناث تجوز . والكلام لحقيقته) بالإجماع ، مع أن الحقيقة والمجاز لا يجتمعان . قلنا خطاب المكلف دل على أن المراد العقلاء ، إذ التكليف يبنى على العقل ، فيتناولهم عموم المجاز ، أما هاهنا لم يدخل على العموم دليل، بل دل على الخصوص ، وهو أن الموصي لم يقل لأولاد فلان ، بل قال لبني فلان .

(بخلاف ما إذا كان بنو فلان إسم قبيلة أو فخذ) القبيلة واحدة القبائل ، وهو بنو أب واحد ، والفخذ بفتح الفاء وكسر الخاء في العشائر أقل من البطن ، وبيانه أن العرب

حيث يتناول الذكور والإناث ، لانه ليس يراد بها أعيانهم ، إذهو مجرد الإنتساب كبني آدم ، ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم . قـــال ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء ، لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاماً واحداً .

على ست طبقات ، وهي الشعب والقبيلة والعمارة والبطن والفخذ والفصلة ، والشعب يجمع القبائل ، والقبيلة تجمع العمارة ، والعمارة تجمـــع البطون ، والبطون تجمع القبائل ... خزيمة شعب ، وكنانة قبيلة ، وقريش عمارة ، وقصي بطن ، وهاشم فخـــذ ، والعباس فصلة وسميت الشعوب لأن القبائل تشعبت منها .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده إذا أوصى لبني كنانة لا يدخل تحت الوصية اولاد نضر ، لأنه فوقهم ، ويدخل اولاد كنانة إلى الفصلة ، وإذا اوصى لبني قريش وهوعمارة لا يدخل تحت الوصية اولاد نضر وكنانة لأنهم فوقهم ، ويدخـــل اولاد قريش وقصي وأولاده والعباس وأولاده ، لأن هؤلاء دونهم ، وإذا أوصى بثلث ماله لبني فلان وهو قبيلة فالثلث بينهم على السوية إذا كانوا يحصون .

(حيث يتناول الذكور والإناث ، لأنه ليس يراد بها أعيانهم ، إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ، ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم) وهو جمـــع حليف ، وهو اسم من يـــأتي قبيـــلة فيحلف لهـــم ويحلفون لهـــم على التناصر . وقال الكرخي في مختصره وإذا قال لبني فلان وبنو فلان أولئك قبيـــلة لا تحصى مواليهم في الوصية مولى الموالاة الذين أسلموا على أيديهم ووالوهم ومولى العتاقة وحلفاؤهم وأعدادهم معهم ، وإن كان أوصى لبني فلان وهم بنو أب وليسوا بقبيلة ولا فخذ كانت الوصية لبني فلان من العرب خاصة دون الموالي والحلفاء ، انتهى . والأعداد جمع عد يقال فلان عديد بنى فلان ، أي يعد منهم .

(قال) أي القدوري (ومن اوصى لولد فـــلان) وفي بعض النسخ وإذا اوصى لولد فلان (فالوصية بينهم ، والذكر والأنثى فيه سواء ، لأن اسم الولد ينتظم الكل انتظاماً

ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ، لانه لما نص على لفظ الورثـــة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث . ومن أوصى لمواليـه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة . وقال الشافعي في بعض كتبـــه ان الوصية لهم جميعاً ، وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى يصالحوا . له أن لإسم يتناولهم ، لانـ كلاً منهم يسمى مولى ، فصار كالاخوة .

واحداً) يعني بطريق الحقيقة ، لأنه يتناول أحدهما حقيقة ، والآخر مجـــازاً . وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا ، ولو اوصى لولد فلان وليس لفلان ولد صلب فالوصية لولد ولده . وإذا كان له ولد واحد من ولد الصلب فالوصية كلها له وليس لولد الولد شيء . وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي لو كان له ولد واحـــد ذكراً أو انثى فجميع الوصية له . وذكر الكرخي في مختصره بخلاف ذلك ، فإذا قال وصيت بثلث مالي لولد فلان وله ولد لصلبه ذكور واناث كان الثلث لهم بعـــد أن يكونوا اثنين فصاعداً ولم يكن لولد ولده شيء ، وإن كان لصلبه واحد وله ولد كان للذي لصلبه نصف الثلث ذكراً كان أو انثى ، وكان مـــا بقى لولد ولده من سفل منهم ومن قرب بالسوية الذكر والأنثى فيه سواء ، وهذا كله على قياس أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف « رح » .

(ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ، لانه لمـا نص على لفظ الورثة آذن) أى أعلم (ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث) ولا يعلم منه خلاف

(ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة) هـذه من مسائل الجامع الكبير ذكرها تفريعاً على مسألة القدوري .

(قال الشافعي في بعض كتبه أن الوصية لهم جميعاً) وبه قال أحمـد وزفر (وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى يصالحوا) أى حتى يصطلح ، وله في قول آخر الوصية للأعلى لانه أقوى . وقال أبو ثور الكل يدخلون في الوصية ، ولكن يقرع بينهما ، لان أحدهما ليس بأولى من الآخر (له) أي الشافعي (ان الاسم يتناولهم ، لان كلا منهم يسمى مولى

ولنا أن الجهة مختلفة ، لان أحدهما يسمى مولى النعمة ، والآخر منعم عليه فصار مشتركاً فلا ينتظمها لفظ واحد في موضع الاثبات. بخلاف مـــا إذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل ، لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ،

فصار كالاخوة) أي كما إذا اوصى لاخوة فلان وهم متفرقون لاب وأم ولاب وأم فالوصية لهم جميعاً ولا يكون البعض اولى من البعض .

(ولنا أن الجهة مختلفة ، لان أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليـــه ، فصار مشتركاً فلا ينتظمها لفظ واحد في موضع الاثبات) احترز به عن موضع النفي ، مبنى هذا الكلام على جواز عموم المشترك وعدم جوازه ، والشافعي «رح» يجيزه ، فأجاز هذا وأصحابنا ما جوزوه ، فكذلك هذا . والمروي عن الشافعي رواية عن أبي حنيفة «رح » لكن لا على جوز عموم المشترك بل على أن لفظ المولى على الاعلى والاسفل ، كالاخوة على بني الأعيان وبني فلان وبنى الأضياف ، وليس بظاهر ،لأن معنى الأخوة في الجمع واحد وهو اشتمال صلب الأب أو الرحم عليهم ، ومعنى المولى ليس كذلك فان معنى الأعلى منعم وهو معنى الأسفل منعم عليه ، فكان في احدهما معنى الفاعل ، وفي الآخر معنى المفعول واليه أشار المصنف «رح» بقوله أن الجهة مختلفة ، فصار مشتركاً فلا يشتملها معنى واحد في موضع الاثنان ، هذا اختيار شمس الائمة وعامة أصحابنا على أن لا عموم للمشترك لا في النفى ولا في الاثبات ، فالمصنف «رح» مال إلى ما قال شمس الأئمة قال فلا ينتظم اللفظ واحد في موضع الاحبات .

ثم أجاب عن مسألة الحلف بقوله (بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالي فـلان حيث يتناول الأعلى والأسفل ، لأنه مقام النفى) أي لأن قوله لا نكلم مقام النفى (ولا تنافي فيه) أي في عموم النفى في المختلفين ، أي نفى المختلفين في محل واحد لا يستحيل ، وفي الاثبات يستحيل الاترازي ان اجتماع الحنطة والشعير في معنى واحد يستحيل في حـــالة واحدة ، ولا يستحيل انتفاءهما، وكذا في اليوم الواحد يستحيل اجتماع صومين مختلفين لا يستحيل

ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض ، ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده ، لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت، والوصية تضاف إلى حالة الموت، فلا بد من تحقق الإسم قبله . وعن أبي يوسف أنهم يدخلون ، لأن سبب الإستحقاق لازم ،

فيصح أن يقال لا يوجد فيه صوم فرض ولا نفل . والجواب عن مسألة على ما ذهب اليه شمس الأئمة ، وهو أن عموم المشترك لا يجوز في موضع الاثبات ان ترك الكلام مع الموالي مطلقاً ليس لوقوعه في النفى ، بل لأن الحامل على اليمين بعضه وهو غير مختلف بذلك المعنى كالشيء .

فإن قيل سلمنا أن لفظ المولى مشترك ، لكن حكمه التوقف ، فكيف قال فالوصية باطلة ، أجيب بأن الكلام فيما إذا مات الموصى قبل البيان والتوقف في مثله لا يعتد .

فإن قيل الترجيح من جهة اخرى ممكن ، وهو ان يصرف الوصية إلى المولى الذي أعتقه ، لأن شكر المنعم واجب ، وأما فضل الانعام في حق المنعم عليه فمندوب ، والصرف إلى الواجب اولى منه إلى المندوب ، كما هو المروى عن أبي يوسف لهذا المعنى أجيب بأنها معارضة من جهة اخرى ، وهو أن العرف جاز بوصية الثلث من المال للفقراء والغالب في المولى الأسفل الفقراء في الاعلى الغني ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرعاً كما هو المروى عن أبي يوسف ، لهذا المعنى .

(ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض) أي يدخل فيها إذا اوصى إلى مواليه المعتق في الصحة والمرض جميعاً (ولا يدخل مدبروه وأمهات اولاده ، لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت ، فلا بد من تحقق الإسم قبله) أي من تحقق الاسم المولى قبل الموت ولم يتحقق ، لان اسم المولى لا يتم الا بعد عتقهم وعتقهم بعدالموت.

(وعن أبي يوسف انهم يدخلون ، لأن سبب الاستحقاق لازم) أي استحقاق الولاء

ويدخل فيـــه عبد ، قال له مولاه إن لم أضربك فأنت حر ، لأن العتق يثبت قبيـل الموت عنـــد تحقق عجـزه . ولو كان له موال وأولاد موالي وموالي موالاة يدخـــل فيهـــا معتقوه وأولادهم دون موالي الموالاة وعند أبي يوسف أنهم يدخلون أيضاً ، والكـل شركاء ، لأن الإسم يتناولهم على السواء . ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام ، وفي الموالي عقـــد الإلتزام ،

لازم ، وهو التدبير والاستيلاد ، وهذه الرواية ذكر الشيخ أبو المعـين النسفي في شرح الجامع (ويدخل فيه) أي في الإيصاء لمواليه (عبد قال له مولاه إن لم أضربك فانت حر لأن العتق يثبت قبل الموت عند تحقق عجزه) صورته قال العبد له إن لم أضربك فأنت حر فمات قبل أن يضربه عتق قبل موته ودخل في الوصية ، لأنه من مواليه ، لأنه يعتق فى آخر جزء من اجزاء الحياة لتحقق عدم الضرب منه فى تلك الحـالة ووقوع اليأس من حصوله ، فيصير مولى له ثم يتعقبه الموت ، ثم تنفـذ الوصية فيكون مولى له وقت نفوذ الوصية وجوبها .

(ولو كان له موال واولاد موالي وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم) لأنهم مواليه حقيقة ، ولهذا لا يصح ، ففي ولاء أولاد الموالي عنه (دون موالي الموالاة) أى لا يدخل ، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

(وعند أبي يوسف انهم يدخلون أيضاً ، والكل شركاء ، لأن الإسم يتنـــاولهم على السواء) لأنه باشر سبب ولاء كل وحكي عن الكرخي أن الوصية باطـلة ، لأن الأسم يتناول كل فريق بطريق الحقيقة فلا يصح لمكان الجهالة .

(ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالى عقد الإلتزام بين اختلاف الجهة بقوله في المعتق بكسر التاء الإنعام ، وفي الموالي عقد الإلـــتزام) وهو ظاهر (والإعتاق لازم) هذا جواب عما يقال لما كانت الجهة مختلفة في المعتقين وموالي الموالاة في أحـدهما الإنعام،وفي الآخر عند الإلتزام كان ينبغي أن يبطل الوصية ، فأجاب عنه بقوله والإعتاق لازم لا يحتمل الفسخ (فكان الاسم له أحق) وولاء الموالاة يحتمل الفسخ ، فكان اسم

والإعتاق لازم ، فكان الإسم له أحق، ولا يدخل فيهم موالي الموالي ، لأنهم موالي غيره حقيقة . بخلاف مواليه وأولادهم ، لأنهم ينسبون إليه بإعتاق وجد منه . وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي ، لأن اللفظ لهم مجاز ، فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة . ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ،

المولى للمعتق أولى وأحق من مولى الموالاة .

(ولا يدخل فيهم موالي الموالي) أي في الوصية للموالي (لانهم موالي غيره حقيقة) وليسوا بموالي الموصي حقيقة ، لان مولاه حقيقة هو الذي باشر العتق ، وإنما اضيفوا اليه بطريق التسبيب مجازاً ، لانه باشر سبب ما هو سبب ولانهم دعوا عتاقة للموالي الاولين ، ولهذا يصح نفي الإسم عنهم بالاتفاق لأن هؤلاء ليسوا بمواليه ، وإنما هم موالي مواليه ، واللفظ إذا عمل بحقيقته لاينصرف إلى المجاز .

(بخلاف مواليه وأولادهم ، لانهم ينسبون اليه) أي إلى المولى (باعتاق وجد منه) أي من المولى (وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي) يعني إذا لم يكن للموصي موالى أعتقهم ، ولا اولادهم تكون الوصية لموالي الموالي (لأن اللفظ لهم مجاز) يعني إن اللفظ يتناولهم مجازاً (فينصرف اليه) أي فينصرف اللفظ إلى المجاز (عند تعذر اعتبار الحقيقة) لأن الحقيقة إذا لم تكن وجب العمل بالمجاز صوناً لكلام العاقل عن الإلغاء .

(ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه ، والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) لأن الحقيقة موجودة فينتفي المجاز . وقال العتابي في شرح الجامع فان كان من مواليه أو من اولادهم اثنان استحقا جميع الثلث لأن الإثنين جمع في باب الوصية كما في الميراث ، وان كان واحداً فله النصف ، أي نصف الثلث ، لأنه نصف ادنى

ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه أو أبوه ، لأنهم ليسوا بمواليـــه لا حقيقة ولا مجازاً ، وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة ، بخلاف معتق البعض ، لأنه ينسب إليه بالولاء ، والله أعلم بالصواب

الجمع ، والنصف الآخر يصرف إلى ورثة الموصي لا إلى موالي المولى لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ، فإن لم يكن حد من الموالي ولا من أولادهم فحينئذ يصرف إلى موالي الموالي .

(ولا يدخل فيه) أي في الموالي في قوله ثلث مالي للموالي (موال أعتقهم) هكذا في النسخ، ولكن الصواب أعتقهم (ابنه أو أبوه) كما ذكر في الإيضاح والجامع الكبير للصدر حميد والكافي وغيرها ، لأن التعليل الذي ذكره لا يطابق ما ذكره ، وإنما يصح فيمن أعتقهم أبوه أو ابنه ، ذكر في الإيضاح . ولو كان له ابن وموالي أعتقه ابنه فأوصى بالثلث لمواليه لم يكن لموالي ابنه شيء (لأنهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازاً) فلم يدخلوا تحت اللفظ وفي نسخته الأترى بخطه ولا يدخل فيه بموالي قد أعتقهم ابنه (وإنمـــا يحوز ميراثهم بالعصوبة) هذا جواب عما روى عن أبي يوسف أن موالي ابنه تدخل إذا مـــات أبوه وورث ولاءه ، لأنهم مواليه حكماً ، ولهذا يحوز ميراثهم ، وبيانه أن احترازه الميراث ما كان لكونه مولى له ، لكن كشرط اقام عصبة المستق مقام المعتق في حق الميراث، لأن الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الولاء لحمـة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، وهو نص صريح في عدم الانتقال ، فكان بطريق العصوبة .

(بخلاف معتق البعض ، لأنه ينسب اليه بالولاء، والله أعلم بالصواب) قال تاج الشريعة قبل الصواب المعتق ، وهكذا في المبسوط والإيضاح يريد بـــه إذا لم يكن موالى أولاد الموالي ، وقال السغناقي هكذا وقع في النسخ وليس بصواب، والصواب أن يقول بخلاف معتق المعتق ، كما هو المذكور في الايضاح ، لأنه يثبت بهذا الفرق بين موالي الموالي، وبين موال أعتقهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا في النسخة الصحيحة . وقال الأترازي قوله بخلاف معتق البعض يرتبط بقوله ولا يدخل فيه موال قـــد أعتقهم ابنـــه يعني أن معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالي ، لأنه مولاه حقيقة . بخلاف موالي الابن ، لأنهم ليسوا مواليه اصلا ، ولكن يبقى أن يكون هذا على مـذهبها ، لأن معتق البعض عند

أبي حنيفة كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت الوصية للمولى ، فكذا معتق البعض، فمن هذا غير بعضهم لفظ الكتاب وقال بخلاف معتق المعتق ، يعني أن معتق المعتق يدخل تحت الوصية للموالي إذا لم يكن الموالى ولا اولادهم ، لأن ولاء المعتق ينسب إلى الموصي مجازاً، بخلاف معتق الأبن ، فانه لا ينسب اليه لا حقيقة ولا مجازاً ، انتهى .

وقال الأكمل وذكر بعض الشارحين أو النسخة في قوله ولا يدخـــل موالي أعتقهم باثبات لفظ ابنه ، وها هنا بخلاف معتق البعض ، وجعله مرتبطاً بقوله ولا يدخل فيــه موالي أعتقهم أبيه ثم ساق الأكمل كلام الأترازي إلى آخر ما ذكرنا عنه ، لأنه أراد بقوله بعض الشارحين الأترازي ، ثم قال الأكمل في آخر كلامه وفيــه تصحيح نسخة الكتاب في الموضعين ، وإن كان فيه بعد من حديث الإيراد على مذهبيها انتهى . لا بعد فيه على ما لا يخفى .

* * *

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ، وتجوز بذلك أبداً ، لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل ، فكذا بعـــد الممات لحاجته ، كما في الأعيان ويكون محبوساً على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ؛

(باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة)

أي هذا باب في بيان حكم الوصية بسكنى داره وبخدمة عبده وثمرة بستانه ، ولما فرغ من بيان وصية الأعيان شرع في بيان وصية المنافع التي هي الأعراض وأخرجها عن الأعيان ، لأنها بعد الأعيان وجوداً فاخرها عنها .

(قال) أي القدوري (وتجوز الوصية بخـــدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز) الوصية بالمنفعة مؤقتاً ومؤبداً عند أكثر أهل العلم ، وكذا بالغلة إلا عند ابن أبي ليلى ، فانه قال لا تصح ، لأن المنفعة معدومة ، ولا تصح الوصية بالمعدوم .

ولو وجد المنفعة والعلة بعد موت الموصى يكون ملكاً للوارث واعتباراً لوصيته بعد الموت وتجوز (بذلك) أي بايصاء الأشياء المذكورة (أبداً ، لان المنافـع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل) كما في الإجارة (وغير بدل) كما في الإعارة (فكذا بعـــد الممات لحاجته) وهي تلاقي بعض ما فرط منه من التفريط (كما في الأعيـان) أي كما يصح تمليك المنافع في الحياة في الأعيان نحو الإجارة والإعارة .

(ويكون) أي العين (محبوساً على ملكه) أي ملك الموصي (في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملك الموصي كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك

وتجوز مؤقتاً ومؤبداً كما في العارية ، فإنها تمليك على أصلنا بخلاف الميراث ، لأنه خلافة فيما يتملكه المورث ، وذلك في عين تبقى ، والمنفعة عرض لا يبقى . وكذا الوصية بغلة العبد والدار لأنه بدل المنفعة ، فأخذ حكمها ، والمعنى يشملها. قال فإن

الواقف) وجه التشبيه بينهما من حيث أن كلا منهما استيفاء المنافع الحادثة على حكم ملك الموصي والواقف ، وقد عرفت أن الواقف جنس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وكذلك هذه الوصية حبس العين على ملك الموصي والوصية بالمنفعة إلا أن هذه إذا كانت موقتة تعود إلى ملك الورثة بعد انقضاء الوقت .

(وتجوز) أي الإيصاء بهذه الأشياء المذكورة حال كونه (مؤقتاً) بأن عين مؤقتاً من الأيام أو الأشهر أو السنين (ومؤبداً) أي وحال كونه مؤبداً (كما في العارية) فإنها تجوز مؤقتة بوقت ، ويجوز بغير وقت (فانها) أي فان العارية (تمليك المنافع على أصلنا) احترز به عن أصل الشافعي ، فان أصلها عنده إباحة المنافع وهو قول الكرخي أيضاً ، حتى لا يملك المستعير إجارة ما استعاره ولو كان تمليكاً لها لملك إجارتها .

ونحن نقول إنما لم يجز اجارتها لأنها أقوى وألزم من الإعارة ، والشيء لا يستتبع مثله فبالأحرى أن لا يستتبع الأقوى ، وإذا كانت الإعارة تمليك المنافع فيجوز للمستعير إعارتها لغيره ، ولو كانت إباحة لما جازت ، وقد مر مستوفى في كتاب العارية .

(بخلاف الميراث) أراد بهذا أن الوصية تخالف الميراث حيث لا يجري الميراث في المنفعة وهي الخدمة دون الرقبة (لأنه) أي لأن الميراث،أي الإرث (خلافة)وتفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث (فيما يتملكه المورث) يعنى فيما كان ملكاً له ، وهذا لا يتصور إلا فيما لا يبقى وقتين ، وهو معنى قوله (وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى) فيما يبقى وقتين ، بخلاف الوصية ، فانها إيجاب ملك العقد بمنزلة الإجارة والإعارة .

(وكذا) أي وكذلك تجوز (الوصية بالغلة العبد والدار) كما تجوز الوصية بخدمة العبد وسكنى الدار(لأنه) أي لأن الإيصاء بالغلة (بدل المنفعة ، فأخذ حكمها) أي حكم

خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم إليه ليخدمه ، لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة . وإن كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوماً ، لان حقــه في الثلث وحقهم في الثلثين ، كما في الوصية في العين ، ولا تمكن قسمة العبد أجزاء ، لانه لا يتجزأ ، فصرنا إلى المهايأة إيفاء للحقين ، بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثـــاً للإنتفاع ، لانه يمكن القسمة بالاجزاء ، وهو أعدل للتسوية بينهما

المنفعة (والمعنى) وهو جماعة الوصي (يشملهما) أي يشمل جواز الوصية بغـــلة العبد وجوازها بخدمته ، وكذلك في الدار م

(قال) أي القدوري (فان خرجت رقبة العبد من الثلث) يعني إذا أوصى بخدمة العبد مؤبداً (يسلم اليه) أي يسلم العبد إلى الموصى له (ليخدمه ، لأن حق الموصي له في الثلث لا تزاحمه الورثة) لانهم لا حق لهم في الثلث .

(وإن كان لا مال له) أي للموصي (غيره) أي غير العبد الموصى بخدمته (خدم الورثة يومين والموصى له) أي خدم الموصى له (يوماً ، لان حقـه) أي حق الموصي له (في الثلث وحقهم) أي وحق الورثة (في الثلثين كما في الوصية في العــين) أي كما أنهم يقسمون مع الموصى له بالثلث والثلثين فيما إذا اوصى بثلث في عين ولا مال له غـــيره (ولا تمكن قسمة العبد اجزاء ، لانه لا يتجزأ ، فصرنا إلى المهايأة ايفاء للحقين) أي حق الموصى له وحق الورثة، والمهايأة المشارية في المدة من حيث الزمان.

(بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عـين الدار أثلاثاً للانتفاع ، لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو) أى قسم عـين الدار (أعدل للتسوية بينهما) أى بين الموصى له وبين الورثة لانه يحصل التسوية بينهم . أي بين الموصى له والورثة (زماناً) أي من حيث الزمان ، لان كل واحد يستوفى نصيبه من السكنى في

زماناً وذاتاً ، وفي المهايأة تقديم أحدهما زمانـــاً . ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضاً ، لأن الحق لهم إلا أن الاول وهو الاعدل أولى ، وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار . وعن أبي يوسف رحمه الله أن لهم ذلك ، لانـــه خالص ملكهم . وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر ، وتخرج الدار من الثلث . وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده ، والبيع يتضمن إبطال ذلك فمنعوا عنه .

الوقت الذي يستوفى صاحبه (وذاتاً) أى من حيث الذات وهو ظاهر .

(وفي المهايأة تقديم أحدهما زماناً) أى من حيث الزمـــان ، لأن فيهما تقـــديم أحدهما على الآخر زماناً ، فلا يصار اليها إلا عند تعذر القسمة بالأجزاء ، ولكن مع هذا تهاتراً على القسمة من حيث الزمـــان جاز أيضاً ، واليه أشار بقوله (ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز ايضاً ، لأن الحق لهم ، إلا أن الاول وهو الاعدل أولى) لما ذكرنا أن كل واحد يستوفي نصيبه من السكنى في الوقت الذي يستوفيه صاحبه (وليس الورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار) وبه قال الشافعي ومالك وأحمـــد « رح » في رواية .

(وعن أبي يوسف « رح » أن لهم ذلك ، لانه خالص ملكهم) وبه قال أحمـــد في المنصوص عنه (وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميـــع الدار بأن ظهر للميت مال آخر ، وتخرج الدار من الثلث) وكان هو أحق بسكنى جميعها (وكذا له) أى إلى الموصي (حق المزاحمة) مع الورثة (فيما في ايديهم إذا خرب ما في يده) أى في يد الموصى له (والبيع) أى بيع الورثة فيما في ايديهم (يتضمن ابطال ذلك) أى حق المزاحمـــة (فيمنعوا عنه) أى منع الورثة عن البيع .

قال فإن كان مات الموصي له عاد إلى الورثة ، لان الموصي أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ، فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته، وذلك لا يجوز . ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت ، لان إيجابها تعلق بالموت على مـــا بيناه من قبل . ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه ، قيل يجوز ذلك ، لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود ، والاصح أنه لا يجوز ، لان الغلة دراهم أو دنانير وقد وجبت الوصية بها ، وهذا استيفاء المنافع ، وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثـة ، فإنه لو ظهر

(قال) أي القدوري (فان كان مات الموصى له عـــاد إلى الورثة ، لان الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه ، فلو انتقل إلى و رث الموصى له استحقها ابتداء) أي في الابتداء (من ملك الموصي من غير مرضاته ، وذلك لا يجوز . ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية ، لأن إيجابها تعلق بالموت) أي لأن إيجاب الوصية يتعلق بموت الموصي (على ما بيناه من قبل) اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الإقرار وبطلان الوصية ، لأنها إيجاب عند الموت .

(ولو اوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمـــه) أي فاستخدم الموصي العبد (بنفسه أو سكنها) أي الدار (بنفسه قيل يجوز ذلك) قال الاسبيجابي لم يذكر هذا في ظاهر الرواية ، واختلف المشايخ فيه فقال بعضهم يجوز ذلك ، وبه قـال أبو بكر الإسكاف (لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود) وهو الانتفاع بالعبد أو الدار (والأصح انه لا يجوز) وبه قال أبو بكر بن سعيد «رح» (لأن الغلة دراهم أو دنانير وقـد وجبت الوصية بها) أي بالغلة (وهذا) أي الاستخدام بنفسه والسكنى بنفسه (استيفاءالمنافع) من العبد والدار (وهما) أي الغلة والمنافع (متغايران) وهو ظاهر (ومتفاوتان في حق

دين يمكنهم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعـــد استغلالها ، ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها ، وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار . وقـــال الشافعي له ذلك ، لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل أو غير بدل ، لانها كالاعيان عنده . بخلاف العارية لانها إباحة على أصله وليس بتمليك . ولنا أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتباراً بالإعارة ، فإنها تمليك بغير بـــدل في حالة الحياة على أصلنا ، ولا يملك المستعير الإجارة ، لانها تمليك ببدل ، كذا هذا . وتحقيقه أن التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير

الورثة ، فانه لو ظهر دين) على الميت (يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منـــه) أي من الموصى له (بعد استغلالها ولا يمكنهم) أي الإسترداد (من المنافع بعد استيفائها بعينها) أي بعين المنافع .

(وليس للموصى له بالخدمه والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار . وقـــال الشافعي « رح » له ذلك) وبه قال مالك وأحمد «رح» (لأنه) أي لأن الموصى له (بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها عن غيره ببدل أو بغير بدل ، لأنها كالأعيان) لأن المنفعة كالأعيان وفي العين يصح الاعتياض عنه سواء بملك العين ببدل أو بغير بدل ، فكذلك يصح الاعتياض عن المنفعة إذا تملكها (عنده) أي عند الشافعي .

(بخلاف العارية) حيث لا يجوز (لأنها) أي لأن العارية (إباحة على أصله) أي على اصل الشافعي (وليس بتمليك . ولنا أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى مـــا بعد الموت ، فلا يملك تمليكه ببدل اعتباراً بالإعارة ، فإنها تمليك بغير بدل) ولهـــذا تنعقد بلفظ التمليك ، حتى لو قال ملكتك منفعة هذه الدار كانت عارية صحيحة (في حـــالة الحياة على أصلنا ، فلا يملك المستعير الإجارة ؛ لأنها تمليك ببدل ، كذا هذا : وتحقيقه أن

لازم ، ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصيـــة تبرع غير لازم ، إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره ، والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع ، فلهذا انقطـــع مـا هو في وضعه فغير لازم . ولان المنفعة ليست بمال على أصلنا ، وفي تمليكها بالمال إحداث صفة المالية فيها تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة ، فإنمـــا تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعاً لملك الرقبة ، أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكاً لهـا بالصفة التي تملكها ، أمـــا إذا تملكهـا مقصودة بغـــير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكاً

التمليك ببدل لازم ، وبغير بدل غير لازم ، فلا يملك الأقوى بالأضعف والاكثر بالاقـل والوصية تبرع غير لازم ، إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره) هذا جواب عما يقال الوصية وإن كانت غير لازمة ابتداء ، لكن تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ ، فأجاب بقوله أن الرجوع إنما يكون للمتبرع لا بغيره ، أي لا يكون .

(والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجـــوع) بعد الموت (فلهذا انقطع ما هو) أى الوصية على تأويل الإيصاء (في وضعه فغير لازم) والاعتبار للموضوعات الاصلية (ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا ، وفي تمليكها بالمال إحداث صفة المالية فيها) أى في المنفعة (تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة ، فانما تثبت هذه الولاية) يعني ولاية إحداث صفـة المالية في المنافع (لمن يملكها) أى لمن تملك المنافع (تبعاً لملك الرقبة) أى في ضمن ملكها (أو لمن يملكها) أى المنافع (بعقد المعاوضة) كالإجارة ، فانه يجوز للمستأجر أن يؤاجر العين ، ويملك منفعتها من غيره إذا كانت العين مما يختلف باختلاف المستعمل (حتى يكون مملكاً لها بالصفة التي تملكها ، اما إذا تملكها) أى المنافع (مقصودة بغير عوض) لا في ضمن شيء آخـــر (ثم ملكها بعوض) بالإجارة (كان مملكاً أكثر مما تملكه معنى ، وهذا لا يجوز) يعني بناء على ما قال لا يملك الاقوى بالاضعف .

أكثر مما تملكه معنى ، وهـــذا لا يجوز . وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان يخرج من الثلث، لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي ، فإذا كانوا في مصره فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر . وإذا كانوا في غيره فمقصوده أن يحمل العبـــد إلى أهله ليخدمهم . ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضاً ، لانه بدل

واعترض عليه باجارة الحر نفسه ، فانه لا يملك منفعته تبعاً للملك رقبته ولا بعقـد المعاوضة . ويجـــوز له أن يملكها ببدل . وأجيب بأن كلام المصنف « رح » في الوصية مراده بالنفقة منفعة يجوز الوصية بها، ومنفعة الحر ليست كذلك، فلا يكون وارداً عليه.

(وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة) يعني إذا أوصى رجل من أهل الكوفة بخدمة عبده لزيد مثـلاً فليس لزيد أن يخرج هـــذا العبد الموصى بخدمته من الكوفة إلى موضع آخر يستخدمه فيه (إلا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك) وقـال الشافعي وأحمد وأبو ثور رحمهم الله له إخراجه مطلقاً (إذا كان يخرج من الثلث) احترز به عما إذا لم يخرج من الثلث فانه ليس له الاخراج إلى أهله إلا باجازة الورثة (لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي ، فاذا كانوا) أي الموصى له وأهله (في مصره) أى في مصر الموصى (فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه) أي في مصره (بدون أن يلزمه مشقة السفر ، وإن كانوا في غيره) مصره ، أى في غير مصر الموصي(فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم) وهذا معلوم بدلالة الحال.

(ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضاً) أي كما يجـــوز أن يوصي بخدمة العبد وسكنى الدار (لأنه) أي لان الغلة على تأويل المـال ، أو ذكره بذكر الحر وهو المال ، ولا نعلم فيه خلاف (بدل المنفعة ، فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف)

المنفعة ، فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية بـــه ، كيف وانه عين حقيقة ، لانه دراهم أو دنانير ، فكان بالجواز أولى . ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة ، لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء ، فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف ، فإنـــه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك ، فكذلك للموصى له ، إلا أنا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحـق للموصى له فيما يلاقيه القسمة ، إذ هو المطالب . ولا حق له في عين

أي كيف لا يجوز (وانه عين حقيقة) أي والحال أن الغلة على تأويل المال (لانه دراهم أو دنانير ، فكان بالجواز أولى) أى فكان الإيصاء بالغلة أقرب إلى الجواز من الإيصاء بالخدمة ، لان الخدمة منفعة بحصة ليست فيها العينية ، ولهذا لم يجـز على قول ابن أبي ليلى ، فاذا جاز الايصاء بالخدمة جاز الايصاء بالغلة بالطريق الاولى ، لانها عبارة عن مال عين وهي الدراهم أو الدنانير .

(ولو لم يكن له مال غيره) أي غير الغلة ، والتذكير في الضمائر على التأويل كما ذكرنا (كان له) أى للموصى له (ثلث غلة تلك السنة) يعني إذا لم يجـــز الورثة ، فكانت الوصية بغلة عبده (لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء ، فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينـــه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف) ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي (فانه) أى فان أبا يوسف (يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك) أى طلب القسمة (فكذلك) يجوز (للموصى له) طلب القسمة .

(إلا أنا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما تلاقيه القسمة ، إذ هو المطالب ، ولا حق له في عين الدار ، وإنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة

الدار ، وإنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار . ولو أوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته ، وهو يخرج من الثلث ، فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة ، لانه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطفاً منـــه لاحدهما على الآخر ، فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ، ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة ، فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثاً للورثة مع كـــون الخدمة للموصى له ، فكذا إذ أوصى بالرقبة لانسان آخر إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك يثبت فيهما بعد الموت.

الدار . ولو أوصى له بخدمة عبده ولآخر) أى أوصى لشخص آخر (برقبته) أى برقبة العبد (وهو يخرج من الثلث) الواو فيه للحال (فالرقبة لصاحب الرقبة ، والخدمة عليها لصاحب الخدمة ، لانه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطفاً منه لاحدهما على الآخــــر) معناه أنه عطف قوله لآخر برقبته بالراء ، وعلى قوله أوصى له بخدمة عبده (فتعتبر هذه الحالة) أى حال العطف (بحالة الانفراد) إحدى الوصيتين عن الاخرى ، فلا تتحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما .

وقوله (ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة) ، كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد (فلو لم يوص في الرقبة بشـــيء لصارت الرقبة ميراثاً للورثة مع كون الخدمة للموصى له) من غير اشتراك (فكذا إذا أوصى بالرقبة لانسان آخر) يكون الرقبــــة للموصى له بالرقبة خاصة (فكذا إذا أوصى بالرقبة لانسان آخر إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك يثبت فيهما بعد الموت) ثم العبد الموصى بخدمة الشخص وبرقبته لآخر إما أن يكون أدرك حق الخدمة أوْ لا ، فان كان الثاني منفعة على الموصى له بالرقبة إلى أن يدرك الخدمة ، لأن بالاتفاق عليه تنمو العين ، وذلك منفعة لصاحب الرقبة.

فاذا أدرك الخدمة صار كالكبير ، والمنفعة في الكبير على من له الخدمة ، لانه إنما يتمكن من استخدامه بالاتفاق عليه ، إذ العبد لا يقوى على الخدمـــة إلا به ، وإن كان

ولها نظائر ، وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث ، أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصّه ، أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان ، كان كما أوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها ، أما إذا فصل أحد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف ، وعلى قول محمد الأمة للموصى له بها . والولد بينهما

الاتفاق عليه رده إلى من له الرقبة كالمستعير مع المعير .

وفي المبسوط والجامع للتمرتاشي نفقة العبد الموصى لخدمته وكسوته على صاحب الخدمة ، وبه قال الاصطخري من أصحاب الشافعي وأحمد « رح » في رواية . وقال الشافعي وأحمد في ظاهر مذهبهما على صاحب الرقبة ، وفي قول للشافعي « رح » يجب في كسبه ، فان لم يف ففي بيت المال . وإن جنى جناية فالفداء على من له الخدمة . وفي المحيط لو أبى صاحب الخدمة أن يفديه فداه صاحب الرقبة أو يدفعه ويطلب الوصية .

(ولها) أى وبهذه المسألة (نظائر) ذكرها المصنف واضحة (وهو ما إذا أوصى لرجل بأمة [1] وبما في بطنها) أى أوصى بما في بطنها (لرجل) آخر (وهي) أى الامة (تخرج من الثلث أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه أو قال هذه القوصرة) بالتشديد والتخفيف ، وعلى التمر يتخذ من القصب (لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها) المظروف هو الولد والفص والتمر ، هذا إذا كان أحد الإيجابين موصولاً بالآخر .

(أما إذا فصل أحد الايجابين عن الآخر فيها) أى في هذه المسائل (فكذلك الجواب عند أبي يوسف) أى كان كما أوصى ، ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف (وعلى قول محمد الأمة للموصى له بها والولد بينهما نصفان ، وكذلك في أخواتها)

---

(١) بأمة لرجل — هامش .

نصفان ، وكذلك في أخواتها . لأبي يوسف أن بإيجابـه في الكلام الثاني تبين أن مراده من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد، وهذا البيان منه صحيح وإن كان مفصولاً ،لأن الوصية لا تلزم شيئاً في حال حياة الموصي ، فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة . ولمحمد أن إسم الخاتم يتناول الحلقة والفص ، وكذلك إسم الجارية يتناولها وما في بطنها ، وإسم القوصرة كذلك . ومن أصلنا أن العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان

والصواب في أختيها وهو الخاتم مع الفص ، والقوصرة مع التمر كذلك ، قاله الكاكي . وقال الاترازي أى أخوات مسألة الوصية بالأمة لرجل وبما في بطنها لآخر ، وأراد بأخواتها مسألة الخاتم مع الفص ، ومسألة القوصرة مع التمر ، ومسألة الشاة مع الصوف ، ومسألة الدار مع البناء ، ومسألة السيف مع الحلية ، والبستان والتمر مثل ذلك ، والارض والنخل مثل ذلك .

(لأبي يوسف أن بايجابه في الكلام الثاني تبين أن مراده من الكلام الاول إيجاب الامة للموصى له بها دون الولد ، وهذا البيان منه صحيح وإن كان مفصولا ، لان الوصية لا تلزم شيئاً في حال حياة الموصي ، فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء ، كما في وصية الرقبة والخدمة) فان هناك الموصول والمفصول سواء في الحكم .

(ولمحمد) تأخير تعليل محمد والجواب عما استدل به أبو يوسف في الكتاب . وفي المبسوط دليل على أن المعمول على قول محمد (إن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص ، وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها ، واسم القوصرة كذلك) يعني يطلق على التمر والظرف جميعاً .

(ومن أصلنا أن العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص)

وكل منهما وصية بإيجاب على حـــدة ، فيجعل الفص بينهما نصفين ، ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثاني رجوعاً عن الأول ، كمــا إذا أوصي للثاني بالخاتم بخلاف الخدمة مــع الرقبة ، لأن إسم الرقبة لا يتناول الخدمة ، وانما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه ، فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيـــه حق بخلاف مـــا إذا كان الكلام موصولاً ، لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء ، فتبين أنـــه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص .

في أنه يوجب الحكم فيما يتناوله على وجه القطع ، فاذا كان كذلك (فقـــد اجتمع في الفص وصيتان ، وكل واحد منهما وصية بايجاب على حدة ، فيجعل الفص بينهما نصفين ، ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثاني رجوعاً عن الاول ، كما إذا أوصى للثاني بالخاتم) لا يكون ذلك رجوعاً عن الاول ، بل يكون الفص بينهما .

(بخلاف الخدمة مع الرقبة) بأن أوصى برقبة العبد لإنسان وبرقبته لآخـــر يكون ذلك كما أوصى، ولا تكون الخدمة مشتركة بينهما (لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة ، وإنما يستخدمه الموصى له) بالرقبة (بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه) ولا حـــق للغير فيه (فاذا أوجب الخدمة لغيره) أي إذا أوصى بالخدمة لغيره (لا يبقى للموصى له فيه حق) في الخدمة ، فكان الموصى له أخص بالخدمة .

(بخلاف ما إذا كان الكلام موصولا ، لان ذلك دليل التخصيص والاستثناء) ذلك بيـــان تغير ، فيصح بشرط الوصي (فتبين أنه أوجب لصـــاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص) .

فان قيل الذي أوصى له بالخاتم فقد أوصى له بالفص أيضاً فلم لا يكون الفص بينهما . أجيب بأن وصية صاحب الفص أقوى ، لانه مقصود إليه ، ووصيته للآخر على

قال ومن أوصي لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها . وإن قال له ثمرة بستاني أبداً فله هـــذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ماعاش . وإن أوصى له بغلة بستانـه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل ، والفرق أن الثمرة إسم للموجود عرفاً ، فـــلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد ، لأنـــه لا يتأبد إلا يتناول المعدوم والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئاً . أما الغلة

وجه التبع ، فصار وصية صاحب الفص أولى أقوى ، لأنه مقصود إليه ، فوجب أن يكون أولى ، لان في الوصايا يعتبر الأقوىفالأقوى ، ولهذا كان العتق في المرض أقوى من سائر الوصايا .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها) أي في الثمرة الموجودة وقت الموت ، وإنما قيد بقوله وفيه ثمرة لانــه إذا لم يكن فيها ثمرة والمسألة بحالها ، فمسألة الثمرة كمسألة الغلة في أنه يتنـــاول المعدوم ما عاش ، ذكره في المبسوط ، ثم ســـقى البستان وخراجه وما فيه صلاحه على صاحب الغلة ، لانه هو المنتفع به كما في النفقة . والخلاف فيه كالخلاف في النفقة .

(وإن قال له ثمرة بستاني أبـــداً فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش ، وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القـــائمة ، وغلته فيما يستقبل ، والفرق) بين الغلة والثمرة (أن الثمرة اسم للموجود عرفاً) وفي المبسوط الثمرة اسم للموجود حقيقة (فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبـــد ، لانه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وإن لم يكن شـيئاً) يعني إذا نص على الابـــد تدخل الثمار الموجودة باعتبار أنه مذكور لا باعتبار أن المعدوم شيء ، كما إذا أوصى بثلث ماله لزيد ولا مال له ثم اكتسب مالاً عند الموت يستحق ثلثه باعتبار أن المعدوم مذكور ، لا باعتبار أن المعدوم شـيء ، وهذا بقي كقول المعتزلة واستدلالهم لهذه المسألة على أن المعدوم شـيء .

فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مـــرة أخرى عرفاً ، يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره ، فإذا أطلقت يتناولها عرفاً غير موقوف على دلالة أخرى ، أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود ، فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائـــد .

قال ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبـــداً أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن ومـــا على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبـــداً أو لم يقل ، لأنه إيجاب عند الموت ، فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ ، وهـــذا

(أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مـرة بعد أخرى عرفاً ، يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضـه وداره ، فاذا أطلقت) أي الغلة (تتناولها عرفاً) أي الموجود والحادث (غير موقوف على دلالة أخرى ، أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود ، فلهذا يفتقر الإنصراف إلى دليل زائد) مثل ما إذا قال أبـــداً وما عاش ، علمنا أنه أراد به الموجود والحادث جميعاً ، فيصرف إليهما وإن لم يكن في البستان ثمرة وقت الموت فان في القياس لا شيء له . وفي الإستحسان لو لم يدخل فيـه ثمرة البستان رجال كلام الموصى ، ولو دخل فيه صح كلامه ، والكلام إذا احتمل الصحة والفساد حمل على الصحة كما قالوا فيمن أوصى لولد فلان وليس له ولد جاز منه الوصية لولد ولده ، فكذا هذا .

(قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبـداً أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله)أي فللرجل الذي أوصى له (مافي بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبداً أو لم يقل ، لانه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ ، وهذا) أي الإيصـــاء بصوف الغنم على ظهورها أو نحوه (بخلاف ما تقـــدم) من المذكور من الوصية بثمرة البستان والوصية بالغلة .

بخلاف مـــا تقدم • والفرق أن القياس يأبى تمليك المعدوم ، لأنه لا يقبل الملك إلا أن في الثمرة والغلة المعدومة جـــاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجـــارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى ، لان بابها أوسع ، أمـــا الولد المعدوم وأختاه فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلاً ولا تستحق بعقد مـــا ، فكذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقـد البيـع تبعاً ، وبعقد الخلـــع مقصوداً ، فكذا بالوصية ،

والله أعلم بالصواب .

(والفرق) بين هذا وبين ما تقدم (أن القياس يأبى تمليك المعدوم) من هذه الاشياء (لأنه) المعدوم (لا يقبل التمليك) والحادث فيها متولد من أصل مملوك للوارث (إلا أن في الثمرة) أي إلا أن في استحقاق الثمرة (والغلة المعدومة) أي في استحقاق الغلة المعدومة (جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة) وفي بعض النسخ كالإجارة والمعاملة (فاقتضى ذلك) أي ورود الشرع فيما ذكر (جـــوازه) أي جواز العقد (في الوصية بالطريق الأولى ، لأن بابها أوسع) لان باب الوصية أوسع من غيرها .

(أمـــا الولد المعدوم واختاه) أي اختا الولد المعدوم ، وهما الصـــوف المعدوم واللبن المعدوم (فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلا ولا تستحق بعقد ما) أي لا يصح استحقاقها أصلا بعقد من العقود (فكذلك لا يدخل تحت الوصية) ولا يصح استحقاقها بعقد الوصية أيضاً.

(بخلاف الموجود منها) أي من الاشياء المذكورة (لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعاً) حيث يدخل الصوف في بيع الغنم واللبن لذلك (وبعقـد الخلع) أي يدخل بعقـد الخلـع (مقصوداً) صورته قالت لزوجها خالعني على ما في بطن جاريتي أو غنمي صح وله ما في بطنها وإن لم يكن في البطن شيء له فلا شيء له وما حدث بعده للمرأة ، لأن في البطن قد يكون له قيمة وقد لا يكون ، فلم تعزم ، حتى لو قالت على حمل جاريتي وليس في بطنها حمل يرد المهر ، كذا قال في التعامل (فكذا بالوصية) أي فكذا تجوز بها (والله أعلم بالصواب) .

باب وصية الذمي

قال وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث ، لان هـــذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفـــة ، والوقف عنده يورث ولا يلزم ،فكذا هذا . وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما . قال ولو أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث،

(باب وصية الذمي)

هذا باب في بيان حكم وصية الذمي .

(قال) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة لليهود أو كنيسة) للنصارى ، والأصح أن البيعة للنصاري والكنيسة لليهود (في صحتـــه ثم مات فهو ميراث) بالاتفاق بين أصحابنا على اختلاف التخريج ، أشـــار بقوله (لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة ، والوقف عنده يورث ولا يلزم) إلا بحكم الحاكم لما عرف في كتاب الوقف (فكذا هـــذا) يعني الوقف إذا كان لمسلم يورث ، فكذا إذا كان لذمي ، لكن إذا لم يكن . فان كان مسجداً لا يورث ولا يقال البيعة في حقهم كالمسجد في حقنا ، والمسلم لو جعل داره مسجداً لا يورث ، فينبغي أن تكون البيعة كذلك ، لأنا نقول المسجد محرز عن حقوق العباد فيصير لله تعالى خالصاً فلا يورث ، ولا كذلك البيعة ، لان البيـع عندهم للمنافع، فان أساقفتهم تسكن فيها وتدفن فيها موتاهم ، كذا في جامع قاضي خان وغيره .

(وأما عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » (فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما) أي فلا تصح الوصية بالمعصية ، وهو قول الائمـــة الثلاثة ، فاذا كان كذلك فيورث بالاتفاق بلا خلاف بين العلماء ، والخلاف فى التخريج كما رأته .

معناه إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث ، لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك ، وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين. قال وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة . وقالا الوصية باطلة ، لان هذه معصية حقيقة . وإن كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية. ولابي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون ، فتجوز بناء على اعتقادهم ، ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتباراً

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ولو أوصى) أي الذمي (بذلك) أى محمد في الجامع الصغير أي كنيسة على ما فسره المصنف الآن (لقوم مسمين) أي معلومين يحصى عددهم جاز بالاتفاق ، وفيه خلاف الشافعي وأحمد « رح » (فهو من الثلث) أي فهو جائز من ثلثه ، قال المصنف (معناه إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث ، لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله) أي وللذمي (ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين)أى معنى الاستحقاق ومعنى التمليك.

(قال) أي محمد (وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة وقالا الوصية باطلة ، لان هذه معصية حقيقة ، وإن كان فى معتقدهم قربة ، والوصية بالمعصية باطلة) وبه قالت الائمة الثلاثة (لما فى تنفيذها) أى لتنفيذ هذه الوصية (من تقرير المعصية) وهو لا يجوز .

(ولأبي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون) وفي بعض النسخ وما يعتقدون (فتجوز بناء على اعتقادهم) ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتباراً لاعتقادهم ،

لاعتقادهم ، فكذا عكسه ، ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني ، وإنما يزول ملكه بأن يصير محرزاً خالصاً لله تعالى ، كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة . فتبقى ملكاً للباني فتورث عنه ، ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها، فلم يتحرز لتعلق حق العباد به، وفي هذه الصورة يورث

فكذا عكسه) الاصل في هذا الإعتبار المعتقد ، فإنهم لو أوصوا بالحج لم يعتبر وإن كان عبادة عندنا بلا خلاف ، فكذا إذا أوصوا بما هو في اعتقادهم عبادة صح وإن كان عندنا معصية لأنا أمرنا بتركهم وما يدينون كما في الخمر والخنزير ، حيث يجوز بينهم فيما بينهم ، لانهم يدينون جواز ذلك وهم يدينون جواز الإيصاء ببناء البيعة والكنيسة ، فيجوز ذلك فيما على اعتقادهم . قالوا هذا الاختلاف إذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة في القرى ، أما في المصر فلا يجوز باتفاق ، لانهم لا يمكنون من إحداث ذلك في الايصاء .

(ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به) أي ببناء ذلك ثم مات يورث ، وإذا أوصى ببناء ذلك ثم مات لاتورث (ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وإما يزول ملكه بأن يصير محرزاً خالصاً لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة لله حقيقة) ألا ترى أن أساقفتهم ورهبانهم يسكنون فيها في الحجرات ويدفنون فيها موتاهم ، والمسمى أيضاً اذا لم يكن خالصاً لله تعالى يورث ، كما اذا جعل داره مسجداً وتحته سرداب وفوقه بيت ، واذا كان الامر كذلك (فتبقى ملكاً للباني فتورث عنه) .

(ولانهم يبنون فيه) دليلا آخر ، أي في البيع والكنائس (الحجرات) وهي جمع حجرة (ويسكنونها فلم تحرز لتعلق حق العباد به ، وفي هذه الصورة يورث المسجد

المسجد أيضاً لعدم تحرزه ، بخلاف الوصيـــة ، لأنه وضع لإزالة الملك ، إلا أنـــه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ماهو قربة عندهم ، فبقي فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث. ثم الحاصل أن وصايا الذمي على أربعة أقسام ، منها أن تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا ، وهو ما ذكرناه . وأما إذا أوصى الذمي بأن تذبح خنازيره وتطعم المشركين ، وهـــذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه ، والوجه ما بيناه . ومنها إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربـــة في معتقدهم ، كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبني مسجداً للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد

أيضاً لعدم تحرزه ، بخلاف الوصية) متصل بقوله ان البنـاء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني (لانه وضع لإزالة الملك) أي لان الوصية على تأويل الايصاء أيضـاً لازالة الملك (الا أنه امتنع ثبوت مقتضاه) أي مقتضى الوصية على التأويل أيضـاً (في غير ما هو قربة عندهم فبقي) أى الوصية على التأويل المذكور (فيما هو قربة على مقتضاه ، فيزول ملكه فلا يورث) .

(ثم الحاصل) في هذه (أن وصايا الذمي على أربعة أقسام ، منها أن تكون قربة في حقهم ولا تكون قربة في حقنا ، وهو ما ذكرناه) أراد به الوصية ببناء البيعة والكنيسة (وأما إذا أوصى الذمي بأن تذبح خنازيره وتطعم المشركين ، وهذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه) وهو قوله وإن أوصى بـــداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة « رح » ... الخ (والوجه ما بيناه) أي من الجانبين وهو المعتبر عنده اعتقادهم ، وعندهما أنها وصية بمعصية .

(ومنها إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقـــدهم ، كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبني مسجداً للمسلمين ، أو بأن يســـرج في مساجد المسلمين ، وهذه

المسلمين ، فهذه الوصية باطلة بالإجماع اعتبـــاراً لاعتقادهم ، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكاً ،لأنهم معلومون والجهة مشهورة. ومنها إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم ، كما إذا أوصى بأن تسرج في بيت المقدس أو يغزي الترك وهو من الروم، وهـــذا جائز سواء كانت لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم ، لأنـــه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم أيضاً . ومنها إذا أوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم ، كـــما إذا أوصى للمغنيات والنائحات فإن هذا غير جائز ، لأنه معصية في حقنا وفي حقهم ، إلا أن يكون

الوصية باطلة بالإجماع اعتباراً لاعتقادهم ، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم) فإنهـــا تصـح (لوقوعه تمليكا،لأنهم معلومون والجهة مشهورة) يعني أن كلامه في صرف المال الموصى به أي استضاءة المسجد وغيرها تخرج منه على الطريق المشهورة لا على طريق الإلزام .

قال قاضي خان ولو كان لقوم بأعيانهم صحت ، ويكون تمليكاً منهم وتبطل الجهة التي عينها إن شاء فعلوا وإن شاء تركوا ، وإن كانوا لا يحصون لا تصح الوصية ، لأنه لا يمكن تصحيحه تمليكاً ، وانها ليست بقربة في اعتقادهم . ومنها إذا أوصى بأن يكون قربة في حقنـا ولا يكون قربة في ممتقدهم ، كما إذا أوصى بالحج ، أو بأن يعني مســـجد المسلمين ، أو بأن يســـرج في مساجد المسلمين ، وهـذه الوصية باطلة بالإجماع أخبـاراً لاعتقادهم ، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكاً ، لأنهم معلومون والجهة مشهورة .

(ومنها إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم ، كما إذا أوصى بأن تســرج في بيت المقدس أو يغزي الترك وهو) الذي أوصى (من الروم وهذا جائز ، ســواء كان لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم، لأنه وصية بما هو قربة حقيقة ، وفي ممتقدهم أيضاً) أن الديانة متفقة من الكل على ذلك ، لأن هذا ، أي يتقرب به المسلمون وأهل الذمة جميعاً .

(ومنها ما إذا أوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم ، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات ، فان هذا غير جائز ، لأنه معصية في حقنا وفي حقهم ، إلا أن

لقوم بأعيانهم فيصح تمليكاً واستخلافاً ، وصاحب الهوى إن كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم ، لأنا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر ، وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه ، وفي المرتدة الأصح أن تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة، بخلاف المرتد ، لانه يقتل أو يسلم قال وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله جاز ، لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ، ولهـــذا

يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكاً واستخلافاً ، وصاحب الهوى إن كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلمين ، لأنا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر . وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتــد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته) إلا أن يكون لقوم بأعيانهم ، لأنه وصية ، فتصح تمليكاً واستخلافاً ، وصاحب الهوى إذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم ، لأنا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر ، وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتــد ، فيكون على الخلاف المعروف (بين أبي حنيفــة وصاحبيه) وهو أن ملكه لا يزول عنده خلافاً لهما .

(وفي المرتدة ، الأصح أنه تصح وصاياها ، لأنها تبقى على الردة) ولا تقتل فصارت كالذميه في صحة الوصية (بخلاف المرتد ، لانه يقتل أو يسلم) وذكر المصنف في زياداته على خلاف هذا. وقال قال بعضهم لا يكون بمنزلة الذمية ، وهو الصحيــح ، حتى لا يصح منها وصية . والفرق بينها وبين الذمية إن الذمية تقر على اعتقادها ، أما المرتدة لا تقر على اعتقادها ، لأنها تجبر على الاسلام بالحبس ولا منافاة بين كلاميه ، لانه قال هنــاك الصحيح وها هنا الأصح ، وهما مصدقان .

(قال) أى محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله جاز ، لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ، ولهذا

تنفذ إجازتهم ، وليس لورثته حق مرعى لكونهم في دار الحرب ، إذ هم أموات في حقنا ، ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان ، والأمان كان لحقه لا لحق ورثته . فلو كان أوصى بأقل من ذلك أخـــذت الوصية ويرد البـــاقي على ورثته ، وذلك من حق المستأمن أيضاً . ولو أعتق عبده عند المـــوت أو دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا . وكذلك لو أوصى له مسلم أو ذمي بوصية جاز ، لأنه ما دام في دار الاسلام فهـــو في المعاملات بمنزلة الذمي ، ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حياتـــه

ينفـــذ بإجازتهم ، وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب إذ هم أموات في حقنا) أي حكمهم كحكم الاموات .

(ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان والأمان كان لحقه لا لحق ورثته . ولو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته الذين في دار الحرب وإن كانت ورثته معه حين دخل بالامان وأوصى بماله كله يتوقف على إجازتهم ، وإليه الإشارة في الكتاب بقوله وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب (وذلك من حق المستأمن أيضاً) هذا جواب عما يرد على قوله ورد الباقي على ورثته ، وهو أن يقال قد قلت ليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه أن ذلك المرد على الورثة أيضاً مراعاة لحق المستأمن لا من حقه تسليم ماله إلى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك .

(ولو أعتق عبده) أي عبد الحربي (عند الموت أو دبر عبده في دار الإســـلام ، فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا) إشـــارة إلى قوله لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة إلى آخـــره (وكذا لو أوصى له مسلم) أي وكذا الحكم لو أوصى للحربي الذمي دخل بأمان مسلم (أو ذمي بوصية جاز ، لأنه ما دام في دار الاسلام

ويصح تبرعه في حياته ، فكذا بعد مماته . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز لأنه مستأمن من أهل الحرب إذ هو على قصد الرجوع ، ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة إلا بالجزية . ولو أوصى الذمي بأكثر من الثلث لبعض ورثته لا يجوز اعتباراً بالمسلمين ، لأنهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع إلى المعاملات. ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتباراً بالارث ، إذ الكفر كله ملة واحدة . ولو أوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز ، لأن الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته

والله أعلم بالصواب.

فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ، ولهذا تصح عقد التمليكات منه في حال حياته ، ويصح تبرعه في حياته ، فكذا بعد مماته) .

(وعن أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » أنه لا يجوز ، لأنه مستأمن من أهل الحرب ، إذ هو على قصد الرجوع ، ويمكن منه) أى من الرجوع (ولا يمكن من زيادة المقام) أي الإقامة (على السنة إلا بالجزية) .

(ولو أوصى الذمي بأكثر من الثلث لبعض ورثته) أو أوصى بعض ورثته بوصية (لا يجوز اعتباراً بالمسلمين ، لأنهم التزموا أحكام الاسلام فيمايرجع إلىالمعاملات ولو أوصى لخلاف ملته) بأن أوصى نصراني أو يهودي أو بالعكس (جاز اعتباراً بالإرث ، إذ الكفر كله ملة واحدة) .

(ولو أوصى) الذمي في دار الاسلام (لحربي) في دار الحرب ، وقوله (في دار الاسلام) ظرف لقوله أوصى لا لقوله حربي ، لأن الذمي يجوز وصيته كمستأمن في دار الاسلام . قوله (لا يجوز) جواب (لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته) أي أخت الارث ، وعند مالك وأحمد « رح » وأكثر أصحاب الشافعي رحمه الله يجوز (والله أعلم) .

(باب الوصي وما يملكه)

قال ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد ، لأن الميت مضى لسبيله معتمداً عليه ، فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته فرد رده ، بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله ، حيث يصح رده في غير وجهه ، لأنه لا ضرر هناك ، لأنه حي

(باب ما يتعلق[1] بأحكام الوصي)

أي هذا باب في بيان ما يتعلق بأحكام الوصي، وهو الذي يوصى اليه ، وفي بيان حكم ما يملك الوصي . ولما فرغ من أحكام الموصى له شرع في بيان الموصى اليه ، وقدم الموصى له لكثرة وقوعه .

(قال) أي القدوري (ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها) أي الوصية (في غير وجهه) أي بغير علم الموصي (فليس برد) يعني لا يعتبر برده (لأن الميت مضى لسبيله) أي مات حال كونه (معتمداً عليه) أي على الوصي الذي قبل في وجه الميت (فلو صح رده في غير وجه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته فرد رده) أي رد الوصي بغير علم الموصى وبعد مماته . وقال الشافعي وأحمد « رح » له رده بغير علمه وبعد موته . وعن أحمد « رح » رواية في الرد وبعد موته ومثل قولنا .

(بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه ، أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجه ، لأنه لا ضـــرر هناك ، لأنه حي قادر على التصرف بنفسه) قوله بغير عينه احتراز عن

---

(١) الوصي وما يملكه — هامش .

قادر على التصرف بنفسه . فإن ردها في وجهه فهو رد ، لأنــه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف ولا غرور فيه ، لأنـــه يمكنه أن ينيب غـــيره . وإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبل ، وإن شاء لم يقبل ، لأن الموصي ليس له ولايـــة الإلزام، فبقي مخيراً ، فلو أنه باع شيئاً من تركته فقد لزمته ، لان ذلك

الوكيل بشراء عبد بعينه ، لأنه لا يملك عزل نفسه ثمـة أيضـاً بغير علم الموكل ، كما في الوصي ، لأنه يؤدي إلى تقرير الموكل . وفي النهاية هذا الذي ذكره معنى صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة وأدب القاضي للصـدر الشهيد وجامع المحبوبي وفتاوى قاضيخان « رح » ، حيث ذكر فيها أن الوكيل لو عزل نفسه حال غيبة الموكل . وكذا من غير علمه لا ينعزل ، حتى لو عزل نفسه لا يخرج عن الوكالة .

وقال الأترازي أداه كله بشراء شيء بعينه له أن يعزل نفسه بمحضر من موكله على قول بعض المشايخ ، وإليه أشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملك على ما قيل إلا بمحضر من الموكل ، إذ لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ ، فمن هذا عرفت أن ما قال بعضهم في شرحه هذا الذي قاله صاحب الهداية مخالف لعامة رواية الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشيء ، لأن مراد ما ذكر في التتمة وغيرها من قوله الوكيل لا يملك إخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ، فإذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه متوافقة الروايات جميعها ، ولم يختلف . ونقل الأكمل ما قـال صاحب النهاية ، ثم نقـــل كلام الأترازي بقوله قال بعض الشارحين وسـكت عليه لوصايته .

(قال) أي القدوري (فإن ردها في وجهه فهو رد ، لأنه ليس للموصى ولاية إلزامه التصرف ولاغرورفيه ، لأنه يمكنه أن ينيب غيره ، فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبله وإن شاء لم يقبل ، لأن الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيراً) بين القبول والرد .

دلالة الالتزام والقبول ، وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الموصي، وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم، بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ ، لأن الوصاية خلافة ، لأنـــه يختص بحال انقطاع ولاية الميت ، فتنتقل الولاية إليه ، وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة ، أما التوكيل فهو إنابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب، فلا يصح من غير علمه كإثبات الملك بالبيع والشراء

(فلو أنه) أي الذي أوصى اليه (باع شـــيئاً من تركته) أى من تركة الميت الذي أوصى اليه وهو لم يقبل ولم يرد (فقد لزمته) أى حكم الايصاء اليه (لأن ذلك) أى فعل من المبيـــع (دلالة الالتزام) أى التزام الوصـــاية (والقبول) لأن القبول تارة يكون بالدلالة ، وتارة يكون بالايضاح فهو باع شيـــئاً من تركته كان ذلك قبولاً منه بطريق الدلالة ، وكذا لو اشترى شيئاً للميت من بعض ما يحتاج اليه إذا قبض مالاً أو قضاه (وهو معتبر بعد الموت) يعني القبول يجوز أن يكون دلالة ، فإنها تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يخالفه ، لكنه يتغير ذلك بعد الموت ، أى بعد موت الموصي (وينفذ البيـــع) أى البيـــع الذي باعه (لصدوره من الموصي ، وســـواء علم بالوصاية أو لم يعلم) وهذه رواية الزيادات وبعض روايات المأذون ، فعلى هذه الرواية يحتـــاج إلى الفرق بين الوصاية والوكالة .

أشار إلى الفرق بقوله (بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ بيعه ، لأن الوصاية خلافة ، لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت ، فتنتقل الولاية اليه) يعني أن الموصى له خليفة للموصي والخلافة كالإرث ، فلا يتوقف على العلم كالإرث ، فتثبت بلا علم ، وهو معنى قوله (وإذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة) أى لا يتوقف استحقاق الوارث الارث على علمه . فيثبت بلا علمه .

(أما التوكيل فهو إنابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه)بأنه وكيل (كإثبات الملك بالبيـع والشراء) قبل القبول ، فان باع شيئاً وقال بعت هذا من

وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقـدم من الكتب .
وإن لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصيـــة حين قال لا أقبل ، لأن بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء ، لأن في إبطاله ضرراً بالميت ، وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب

فلان ولم يعلم ، وكذا لو وهب من فلان ولم يعلم فلان يتوقف نفـــاذ العقود على القبول ، كذا هذا . وعلى رواية كتاب الوكالة لا يشترط العلم للوكالة أيضـــاً اعتبار الوصاية ، لأن كلا منهما اثبـــات الولاية . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز بيع الوصي أيضاً قبل العلم بالوصاية اعتباراً بالوكالة ، لان كلا منهما نيابة ، لكن الوكالة قبل الموت وتلك بعد الموت .

(وقد بينا طريق العلم) يعني في فصل القضـــاء بالمواريث ، يعني أن العلم بالوكالة تثبت بخبر الواحد رجلا كان أو امرأة صبياً كان أو بالغاً . وكذلك العزل عندهما بخبر الواحد مطلقاً . وعند أبي حنيفة « رح » يشترط العدد والعـدالة ، حتى لا يثبت العزل عنده إلا بخبر اثنين أو بخبر الواحد العدل (وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب) ومن تلك الكتب ما ذكره المصنف في كتاب أدب القاضي في فصل القضاء بالمواريث بقوله وهذا علم من الناس بالوكالة إلى آخره .

(وإن لم يقبل) أى الرجل الوصية (حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبـل فله ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل ، لان بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الإيصاء ، لان في إبطاله ضرراً بالميت ، وضرر الوصي في الإبقاء مجبور بالثواب) هذا جواب عما يقال كما يلزم الضرر بالميت في بطلان الايصاء بقوله لا أقبـل يلزم الضرر أيضاً بالوصي في بقاء الايصاء ولزومه ، لانه يعجز عن القيام بذلك عـــلم تحكيم ضرر الوصي دون ضرر الميت . حيث قلتم لا يبطل الايصاء بقوله لا أقبل ، فاجـــاب بقوله وضرر الوصي مجبور بالثواب ، بيانه لما لم يكن دفع الضررين جميعاً لا بد من ان يتحمل أدنى

ودفع الأول ، وهو أعلى أولى إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك ، لانه مجتهد فيه ، إذ القاضي ولاية دفع الضرر ، وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية ، فيدفع الضرر عنه ، وينصب حافظاً لمال الميت متصرفاً فيه فيندفع الضرر من الجانبين ، فلهذا ينفذ اخراجه . فلو قال بعد اخراج

الضررين بدفع الضرر الاعلى ، والاعلى هنا ضرر الميت ، لان ضرره ليس بمجبور بشيء ، وضرر الوصي مجبور بالثواب .

(ودفع الاول) أي اولى الضررين ، وهو ضرر الميت (وهو أعلى) أي والحال أن ضرر الميت (اولى) من دفع ضرر الوصي (إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك) هذا استثناء من قوله ثم قال أقبل فله ذلك ، يعني يجوز قبوله إلا إذا أخرجه القاضي من الوصاية حين قال لا أقبل يصح ذلك ، أي إخراجه عن الوصاية (لانه) أي لان قضاء القاضي (مجتهد فيه) لان عند زفر « رح » يرد بمجرد قوله لا أقبل فيصح قضاء القاضي لوقوعه في المجتهد فيه ، فلما صح القضاء بطلت الوصية ، فقبوله بعد ذلك يكون بعد بطلان الوصية فلا يصح (إذ القاضي ولاية دفع الضرر ، وربما يعجز) أي الوصي (عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية ، فيدفع القاضي الضرر عنه ، وينصب حافظاً لمال الميت متصرفاً فيه ، فيندفع الضرر من الجانبين) أي من جانب الميت وجانب الوصي الذي أخرجه القاضي (فلهذا) أي فلأجل وقوع قضاء القاضي في مجتهد فيه (ينفذ إخراجه) أي إخراج القاضي اياه .

وكان المشايخ اختلفوا في تعليل صحة هذا الاخراج ، فمنهم من علل بما ذكره المصنف وهو الذي ذهب اليه شمس الأئمة السرخسي ، واختاره المصنف ، ومنهم من قال إنما صح إخراجه لأن الوصاية لو صحت بقوله كان القاضي أن يخرجه ويصح الاخراج ، فهاهنا اولى ، واليه ذهب شمس الائمة الحلواني .

(فلو قال بعد إخراج القاضي إياه أقبل لم يلتفت اليه ، لأنه قبل بعد بطلان الوصاية

القاضي إياه أقبل لم يلتفت إليه ، لانـــه قبل بعد بطلان الوصاية بإبطال القاضي. قال ومن أوصى إلى عند أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضي من الوصاية ونصب غيرهم ، وهذا اللفظ يشير إلى صحـــة الوصية ، لان الاخراج يكون بعدها . وذكر محمد في الاصل أن الوصية باطلة ، قيل معناه في جميع هذه الصور أن الوصية ستبطل . وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده ، وفي غيره معناه ستبطل . وقيل في الكافر باطل أيضا لعدم ولايته على المسلم . ووجه الصحة ثم الأخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة ،

بإبطال القاضي) وبعد البطلان لا يبقى شيء.

(قال) أي القدوري (ومن أوصى الى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم) أي هنا كلام القدوري ، وقال المصنف «رح» (وهذا اللفظ) أي لفظ القدوري (يشير إلى صحة الوصية ، لأن الاخراج يكون بعدهـــا) لأن الوصية إذا كانت باطلة فمن اين يتحقق إخراجهم عن الوصية .

(وذكر محمد في الأصل) أي المبسوط (أن الوصية باطلة) واختلف المشايـــخ في انه باطل أصلاً ، ومعناه سيبطل ، واليه أشار المصنف بقوله (قيل معناه) أى معني قول محمد أن الوصية باطلة (في جميـع هذه الصور) وهي الوصية إلى العبد والفاسق والكافر (أن الوصية ستبطل) واليه ذهب القدوري وفخر الاسلام البزدوي وعامة المشايخ.

(وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده) أي ولعـــدم استبداده في الامور ، واليه ذهب شمس الائمة السرخسي (وفي غيره) أي وفي غير العبد (معناه ستبطل) وغير العبد الكافر والفاسق .

(وقيل في الكافر باطل أيضاً لعدم ولايته على المسلم) لقوله تعالى ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ﴾ ١٤١ النساء (ووجه الصحة ثم الاخراج أن أصل النظر

وولاية الفاسق على أصلنا ، وولاية الكافر في الجملة ، إلا أنـــه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ، ويقيم غـــيره مقامه إتمامـا للنظر . وشرط في الاصل أن يكون الفاسق مخوفـا عليه في المال ، وهذا يصلح عذراً في اخراجه وتبديله بغيره .

ثابت لقدرة العبد حقيقة ، وولاية الفاسق على أصلنـــا) حتى ينعقد النكاح بحضوره (وولاية الكافر في الجملة) ألا ترى أن محمداً ذكر في كتاب القسمة أن الكافر لو قاسم شيئاً قبل أن يخرجه القاضي جاز ذلك ، فثبت أن الايصاء اليـــه صحيح ، وذلك لأن الكافر يجوز أن يتصرف بالوكالة ، فجـــاز أن يتصرف بالوصاية أيضاً . ولو اشترى الكافر عبداً مسلماً جاز شراؤه ، ولكنه يؤمر بالبيع . وقال مالك والشافعي في وجه وأحمد في رواية كقولنا .

(إلا انه) أى غير انه (لم يتم النظر) في اسناد الوصاية إلى هؤلاء ، وبين كل واحد بقوله (لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها) أي بعد الإجازة. وعند مالك واحمد «رح» تجوز الوصية إلى العبد سواء كان عبد نفسه أو عبد غـــيره ، وسيجيء مزيد الكلام فيه .

(والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة) فإذا لم يتم النظر في اسناد الوصية إلى هؤلاء (فيخرجه القاضى) أي يخرج كل واحد من هؤلاء يعني العبد والكافر والفـــاسق (من الوصاية ويقيم غيره مقامه إتمامـــاً للنظر) في حق الميت .

(وشرط في الأصل) أي شرط محمد في المبسوط (أن يكون الفاسق مخوفاً عليه في المال ، وهذا) أي كون الفاسق بحيث يخاف عليه في المال لخيانته (يصلح عـــذراً في إخراجه) أي في إخراج الفاسق عن الوصاية (وتبديله بغيره) ممن يكون موصوفـــاً

قال ومن أوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية ، لان للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته ، وإن كانوا صغاراً كلهم فالوصية إليه جائزة عند أبي حنيفة ، ولا تجوز عندهما وهو القياس . وقيل قول محمد مضطرب فيه، يروى مرة مع أبي حنيفة وتارة مع أبي يوسف . وجه القياس أن الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها . ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك ، وهذا قلب

بالامانة . وعند الشافعي ومالك وأحمد في رواية لا تصح الوصاية إلى الفاسق ، لانه ليس من أهل الشهادة فلا يكون من اهل الولاية كالمجنون . وقال احمد فى رواية يصح ،ولكن يضم اليه أمين .

(قال) أى القدورى (ومن اوصى إلى عبد نفسه وفى الورثة كبار لم تصح الوصية لان الكبير أن يمنعه) لانه يلي عليه (او يبيع) أى يبيع الوارث الكبير (نصيبه) من العبد (فيمنعه المشتري) أى يمنع العبد الذي اشتراه (فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية ، فلا يفيد فائدته) أى فلا تحصل فائدة الايصاء . وقال البزدوي حتى صار بعضه متولياً عليه وهو ما لا يتجزأ بطل كله .

(وإن كانوا) أي الورثة (صغاراً كلهم فالوصية اليه) أي إلى العبد (جائزة عند أبي حنيفة ولا تجوز عندهما) وبه قال الشافعي وأبو ثور ، وعند مالك وأحمد «رح» يجوز سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره . وقال ابراهيم النخعي والأوزاعي وابن شبرمة تصح إلى عبد نفسه ، ولا تصح إلى عبد غيره ، أى قولهما (وهو القياس . وقيل قول محمد مضطرب فيه يروى مرة مع أبي حنيفة «رح» ،ويروى مرة مع أبي يوسف «رح» . وجه القياس أن الولايـة منعدمة لما أن الرق ينافيها) أى ينافي الولاية (ولأن فيه) أى في جواز الإيصاء إلى العبد (إثبات الولاية للمملوك على المالك ، وهذا قلب المشروع) لأن المشروع ولاية المالك على المملوك .

المشروع . ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزأ ، وفي اعتبار هذه تجزأتها لانه لا يملك بيع رقبته ، وهـذا نقض الموضوع . وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف ، فيكون أهلاً للوصاية ، وليس لاحد عليه ولاية ، فإن الصغار وإن كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة ، وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظراً لهم ، وصار

(ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تتجزأ ، وفي اعتبار هذه تجزئتها) أي الوصية إلى عبد نفسه والورثة صغار تجزئة الولاية (لأنه لا يملك بيع رقبته) التركات ، ولا يملك بيع نفسه ، ولا يكون وصياً فيه (وهذا نقض الموضوع) لأن موضوع الوصية أن يتولى الوصي التصرف في جميع ما بقى من الثلث ، وفي منعه من بيع رقبته تجزئه الوصية (وله أنه) أي وللعبد ، وفي بعض النسخ ولعبده ، أي ان العبد (مخاطب) احترز به عن الصبي والمجنون (مستبد بالتصرف) احترز به عن عبد الغير ، لأنه لا يستبد بنفسه ، لأن لمولاه أن يحجره عن التصرف منه ، فإذا كان كذلك (فيكون أهلا للوصاية ، وليس لأحد عليه ولاية ، فان الصغار وإن كانوا أملاكاً ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) بين كونه مملوكاً لهم وبين اثبات الولاية في حقهم ، لأنهم وإن كانوا يملكون رقبته ولكنهم لا يملكون التصرف فيه حيث لا يملكون بيعه .

فإن قيل إن لم يكن لهم ذلك فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة أجيب بأنه كما ثبت الإيصاء لم يبق للقاضي ولاية المنع (وإيصاء المولى اليه) أي إلى عبده (يؤذن[1] بكونه ناظراً لهم) أي لورثته لأن من ربى عبده وأحسن اليه فالظاهر أن يختاره لما أن شفقته على الصغار من اولاده بعد موته أكثر من شفقة الأجنبي ، فكذلك اختاره .

(وصار كالمكاتب) أي صار الإيصاء إلى العبد القن كالإيصاء إلى المكاتب ، فذاك

---

(١) في النسخة التي بين ايدينا كتب بعد كلمة يؤذن – يشعر – وربما هي تفسير من المؤلف وليست من المتن كما جاء في شرح فتح القدير ، اهـ مصححه .

كالمكاتب ، والوصية قد تتجزأ على ما هو المروي عن أبي حنيفة . أو نقول يصار اليه كي لا يؤدي الى ابطال أصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل أولى . قال ومن أوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة ، وهذا لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه لصيانته ونقص كفايته ، فيتم النظر بإعانة غيره . ولو شكا إليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لأن الشاكي قد يكون كاذباً تخفيفاً على نفسه ،

يجوز ، وكذا هذا ، ويجوز الإيصاء إلى مكاتب غيره أيضاً ، والخلاف في المكاتب والمدبر وأم الولد ورقيق البعض كالخلاف في القن عند الأئمة الثلاثة (والوصية قد تتجزأ) هذا جواب عن قولهما وفي اعتبار هذه تجزئتها ، وذلك أن الحسن بن زياد روى عن أبي حنيفة أنه إذا أوصى إلى رجلين إلى أحدهما في العين ، وإلى الآخر في الدين أن كلا منهما يكون وصياً فيما اوصي اليه خاصة .

وأشار إلى هذا بقوله (على ما هو المروى عن أبي حنيفة ، أو نقول يصار اليه) أي إلى التجزيء (كيلا يؤدي إلى إبطال أصله) أي أصل هذا التصرف ، وهو تنصيب عبده وصياً على الصغار (وتغيير الوصف) جواب عما يقال هذا تغيير وصفه ، وهو التجزؤ ، يعني جعله متجزئا بعدما لم يكن ، فأجاب بقوله ويعتبر الوصف (لتصحيح الأصل اولى) من إهداءه بالكلية .

(قال) أي القدوري (ومن اوصي إلى من يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة ، وهذا) أي ضم القاضي اليه غيره (لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه) وبه قالت الأئمة الثلاثة (لصيانته) أى لصيانة الوصى (ونقص كفايته ، فيتم النظر باعانة غيره ،ولو شكى إليه الوصي ذلك) أى ولو شكى إلى القاضي الوصي العجز (لا يجيبه حتى يعرف ذلك) أى عجزه (حقيقة ، لأن الشاكي قد يكون

وإذا ظهر عند القاضي عجزه أصلاً استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادراً على التصرف أميناً فيه ليس للقاضي أن يخرجه لأنه لو اختار غيره كان دونه، لما أنه كان مختار الميت ومرضيه، فإبقاؤه أولى، ولهذا قدم على أب الميت مع وفور شفقته، فأولى أن يقدم على غيره. وكذا إذا شكا الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي، فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى تبدو له منه خيانة، لأنه استفاد الولاية من الميت، غير انه إذا ظهرت الخيانة فالميت إنما نصبه وصياً لأمانته وقد فاتت، ولو كان في الأحياء لأخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه، كأنه لا وصي له . قال ومن

كاذباً تخفيفاً على نفسه، وإذا ظهر عند القاضي عجزه أصلاً استبدل به) أي ولي غيره (رعاية للنظر من الجانبين) أي جانب الموصي والوصي يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في حوائج الموصى والعاجز المعزول بقضاء حقوق معه .

(ولو كان قادراً على التصرف أميناً فيه ليس للقاضي أن يخرجه) أي أن يخرج الوصي مع أنه كان عدلاً (لأنه لو اختار غيره كان دونه لما انه كان مختار الميت ومرضيه، فإبقاؤه اولى، ولهذا) أي ولأجل أن وصي الميت مختار الميت (قدم على أبي الميت وفور شفقته) أي شفقة الأب (فأولى أن نقدم على غيره من الأب) ووصي القاضي الذي هو غير أب الميت.

(وكذا) أي الحكم (إذا شكى الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي فانه لا ينبغي له أن يعزله حتى تبدو له منه) أي يظهر منه، أي من الوصي (خيانة، لأنه استفاد الولاية من الميت، غير انه إذا ظهرت الخيانة فالميت إنما نصبه وصياً لأمانته، وقد فاتت ولو كان في الأحياء لأخرجه) أي الميت (منها) أي الوصية (فعند عجزه ينوب القاضي منابه كأنه لا وصي له) .

(قال) أي القدوري (ومن اوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند

أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عنـــد أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه ، إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى . وقال أبو يوسف يتفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميـع الأشياء ، لأن الوصاية سبيلها الولاية ، وهي وصف شرعي لا تتجزأ ، فثبت لكل منهما كلاً لولاية الإنكاح للأخوين ، وهذا لأن الوصايـــة خلافة ، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان

أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه) قال أبو القاسم الصفار هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى لهما جميعاً معاً بعقد واحد ، فأما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة فإنه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف . قال الفقيه أبو الليث هذا أوضح ، وبه نأخذ ، بمنزلة الوكيلين إذا وكل واحد منهما على الانفراد .

وحكي عن أبي بكر الإسكاف أنه قال الخلاف فيهما جميعاً ، سواء أوصى لهما جميعاً أو متفرقاً . وجعل في المبسوط هذا أصل ، لأن وجوب الوصية انما يكون عند الموت ، وحينئذ تثبت الوصية لهما معاً ، فلا فرق بين الافتراق والاجتماع ، بخلاف الوكالة (إلا في أشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى) إنما وعد بتبيينها كلها لاختلاف اقوال العلمـــاء فيها ، فذكر في الأسرار ستة ، وذكر في عامة الكتب سبعة ، وهي شراء الكفن للميت وتجهيزه ، وطعام الصغار وكسوتهم ، ورد وديعة بعينها ، وقضاء دين ، وتنفيذ هبـــة بعينها ، وعتق عبد بعينه ، والخصومة في حقوق الميت . وذكر في الجامع الصغير لقاضي خان ثمانية ، وهي السبعة المذكورة والثامن قبول الهبة . وفي الأسرار أسقط قبول الهبة وتنفيذ الوصية ، فصارت ستة .

(وقال أبو يوسف « رح » يتفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء ، لأن الوصاية سبيلها الولاية ، وهي وصف شرعي لا تتجزأ ، فثبت لكل منهما كملا لولايـــة الإنكاح للأخوين) فإن لكل واحد منهما أن ينفرد بانكاح مولاته .

(وهذا) توضيح لما ذكر (لأن الوصاية خلافة ، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية اليه)

ثابتاً للموصي وقد كان يوصف الكمال ، ولأن اختيار الاب إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة ، فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما . ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهـــو وصف الإجتماع ، إذ هو شرط مقيد وما رضي الموصى إلا بالمثنى وليس الواحـــد كالمثنى بالتصرف ، بخلاف الاخوين في الإنكاح ، لان السبب هنالك القرابـــة ، وقد قامت بكل منهما كملا ، ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي ، حتى لو طالبته بإنكاحها من كفوء يخطبها يجب عليه ، وهاهنا حق التصرف للوصي ، ولهـــذا يبقى مخيراً في التصرف . ففي الاول أوفى حقاً على صاحبه فصح ، وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فـلا

أى إلى الوصي (على الوجه الذي كان ثابتاً للموصي ، وقـد كان يوصف بالكمال ، ولأن اختيار الأب اياهما يؤذن باختصاص كل واحـــد منهما بالشفقة ، فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد) .

(ولهما) أى ولأبي حنيفة ومحمد «رح » (أن الولاية تثبت بالتفويض ، فيراعى وصف التفويض ، وهو وصف الاجتماع ، إذ هو شرط مقيد ، ومـــا رضي الموصى إلا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بالتصرف ، بخلاف الأخوين في النكاح ، لأن السبب هنالك القرابة وقد قامت) أى القرابة (بكل واحد منهما) أى من الأخوين (كملا) أي على وجـــه الكمال والسبب هذا الإيصاء وهو اليهما لا إلى واحد .

(ولأن الإنكاح حق مستحق لها) أى للمرأة (على الولي حتى لو طالبته) أى الولي (بانكاحها من كفؤ يخطبها يجب عليه) إنكاحهامنه (وهاهنا حق التصرف للوصي ، ولهذا يبقى مخيراً في التصرف ففي الاول) أى في الانكاح أى في أحد الاخوين (اوفى حقـاً على صاحبه ، فصح . وفي الثاني) أي في الوصاية (استوفى) لان ولاية التصرف لهما ، فإذا تصرف وحده (حقاً لصاحبه) أى استوفى أحد الوصيين على الآخر حقاً كائناً له (فلا

يصح أصله الدين الذي عليهما . ولهما بخلاف الاشياء المعدودة ، لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة أبداً ، وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها فقال الا في شراء كفن الميت وتجهيزه، لان في التأخير فساد الميت ،ولهـــذا يملكه الجيران عند ذلك . وطعام الصغار و كسوتهم ، لانه يخاف موتهم جوعا وعريا . ورد الوديعة بعينها ، ورد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الاموال وقضاء الديون ، لانهـــا ليست من باب

يصح أصله الدين الذي عليهما ، ولهما) يعني إذا كان الدين لرجلـــين فاستوفى أحـــدهما نصيب الآخر .

(بخلاف الاشياء المعدودة) أشار إلى قوله إلا في اشياء معـدودة بينهما إن شاء الله تعالى (لانها) أى لان هذه الاشياء معدودة (من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابداً وهي) أي الاشياء المعدومة (ما استثناه فى الكتاب واخواتها) أى في القدوري ، وهو قوله ومن اوصى إلى اثنين لم يجز لاحـــدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه إلا فى كفن الميت إلى آخره ، وقد ذكرناها عن قريب .

(فقال) أى القدوري (إلا فى شراء كفن الميت وتجهيزه) هـــذا لفظ القدوري ، والمصنف شرع يعلل الأشياء السبعة ذكرها القدوري وعلل المصنف ، وهذا بقوله (لأن في التأخير) أى في تأخير تجهيز الميت (فساد الميت ، ولهذا) أى ولأجل أن تأخير الميت عن تجهيزه فساده (يملكه الجيران) تجهيزه أي تجهيز الميت (عند ذلك) اى عنـد اشراف الميت للفساد بسبب التأخير .

(وطعام الصغار و كسوتهم) لفظ القدوري ، وقال المصنف (لأنه يخـــاف موتهم جوعاً وعرياً) أى من حيث الجوع والعرى (ورد الوديعة بعينها) لفظ القدوري، وقال المصنف (ورد المغصوب والمشترى شراء فاسداً وحفظ الأموال) هـــذه الثلاثـــة لم يذكرها القدوري .

الولاية ، فإنه يملكه المال وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده ، فكان من باب الإعانة . ولانه لا يحتاج فيه إلى الرأي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه ، لانه لا يحتاج فيه إلى الرأي . والخصومة في حق الميت ، لان الاجتماع فيها متعذر ، ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين . وقبول الهبة ، لان في التأخير خيفة الفوات ، ولانه يملكه الام والذي في حجره : فلم يكن من باب الولاية . وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف ،

(وقضاء الديون) من لفظ القدوري ، وقال المصنف (لأنها) أي لأن هذه الأشياء الأربعة (ليست من باب الولاية) يعني ليست من الولاية المستفادة من الموصي (فإنه يملكه المال وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه) يملك أخذه إذا كان من جنس حقه (وحفظ المال) برفع حفظ على التعليل لقوله وحفظ الأموال وارتفاعه على الإبتداء وخبره هو قوله (يملكه من يقع في يده ، فكان من باب الإعانة ، ولأنه لا يحتاج فيه) أي في حفظ المال (إلى الرأي) هذا في قضاء الدين على الميت ، أما في اقتضاء الدين للميت فهو على الخلاف .

(وتنفيذ وصية بعينها) بالجر عطفاً على آخر المعطوفات على قوله وطعام الصغار مجرور عطفاً على قوله إلا في شراء الكفن وتجهيزه ، وكل المعطوفات عليه بالجر .

(وعتق عبد بعينه) بالجر أيضاً ، وهو من لفظ القدوري . وقال المصنف (لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي) وكذا قوله (والخصومة في حق الميت) من لفظ القدوري ، وهو ايضاً بالجر . وقال المصنف (لأن الاجتماع فيها متعذر ، ولهذا) أي ولأجل تعذر الاجتماع ، أي بالخصومة (ينفرد بها أحد الوكيلين) إذا كانا حاضرين حال الحياة ، وكذا بعد الوفاة .

(وقبول الهبة) بالجر عطفاً على المجرورات التي قبله (لأن في التأخير خيفة الفوات ولأنه) أي ولأن قبول الهبة (تملكه الأم والذي في حجره) أي ويملك ايضاً الذي في حجره الصغير (فلم يكن من باب الولاية) حتى يحتاج إلى الآخر (وبيع ما يخشى عليه التوى

لأن فيه ضرورة لا تخفى. وجمع الأموال الضائعة ، لأن في التأخير خشية الفوات ، ولأنه يملكه كل من وقع في يـــده ، فلم يكن من باب الولاية . وفى الجامع الصغير وليس لأحد الوصيين أن يبيـــع أو يتقاضى ، والمراد بالتقاضي الإقتضاء ، كـــذا كان المراد منه في عرفهم . وهذا لأنه رضي بأمانتهما جميعاً في القبض . ولأنـه في معنى المبادلة لا سيما عنـــد اختلاف الجنس على ما عرف ، فكان من باب الولاية . ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد قيـــل ينفرد كل واحـــد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد على الانفراد ، وهذا لأنه لما أفرد فقد رضي برأي الواحـــد . وقيل

والتلف) بالجر ايضاً عطفاً على المجرورات التي قبلها ، والتوى الهـــلاك ، ومعنى قوله والتلف بالرفع من تفسير التوى (لأن فيه ضرورة لا تخفى ، وهو ظاهر) .

(وجمع الأموال الضائعة) بالجر ايضاً مثل ذلك (لأن في التأخير خشية الفوات ،ولأنه يملكه كل من وقع في يده ، فلم يكن من باب الولاية) وهو ظاهر .

(وفي الجامع الصغير وليس لأحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى) هذا لفظ الجامع ، وقال المصنف (والمراد بالتقاضي الاقتضاء) أي القبض (كذا كان المراد منه في عرفهم) أي في عرف أهل الكوفة . وأما في عرف ديار المصنف المراد من ذلك المطالبة (وهـــذا لأنه رضى بأمانتهما) أي لأن الموصي رضي بأمانة الاثنين (جميعاً في القبض) فلا ينفرد أحدهما (ولأنه) أي ولأن القبض (في معنى المبادلة لا سيا عند اختلاف الجنس على مـــا عرف ، فكان من باب الولاية) فلا ينفرد أحدهما .

(ولو أوصى لكل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف) وهوقول أبي القاسم الصفار (بمنزلة الوكيلين ، إذا وكل واحد على الانفراد ، وهذا لأنه لما افرد قد رضى برأى الواحد . وقيـــل الخلاف في الفصلين) أي فصل الانفراد وفصل الاجتماع

الخلاف في الفصلين واحد وهو الأصح ، لأن وجوب الوصية عند الموت ، بخلاف الوكيلين ، لأن الوكالة تتعاقب ، فإن مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصياً آخر . أما عندهما فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي إليه وصياً آخر نظراً للميت عند عجزه ، وعند أبي يوسف الحي منهما وإن كان يقدر على التصرف فالموصي قصد أن يخلفه متصرفان في حقوقه ، وذلك ممكن التحقق . بنصب وصي آخر مكان الميت . ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحي فللحي أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية ، بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي آخر ،

(واحد) وهو قول أبي بكر الاسكاف (لأن وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين ، لأن الوكالة تتعاقب ، فان مات أحدهما) أي أحد الوصيين (جعل القاضي مكانه وصياً آخر) .

(أما عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد «رح» (فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف) لأن عندهما ليس لأحد الوصيين أن يتصرف دون صاحبه ، فان كان كذلك (فيضم القاضي اليه وصياً آخر نظراً للميت عند عجزه) أي عند عجز الوصي الباقي وبه قالت الأئمة الثلاثة .

(وعند أبي يوسف الحي منهما) أي من الوصيين (وإن كان يقدر على التصرف) وكلمة إن واصلة بما قبلها (والموصى) الواو فيه للحال (قصد أن يخلفه متصرفان) وفي بعض النسخ وصيان (في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت) أي الوصي الميت .

(ولو أن الميت منهما) أي من الوصيين (أوصى إلى الحي فللحي أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية ، بمنزلة ما إذا اوصى إلى شخص آخر ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي

لأن رأي الميت باق حكماً برأي من يخلفه . وعن أبي حنيفة أنه لا يتفرد بالتصرف، لأن الموصي ما رضي بتصرفه وحده ، بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره، لأنه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفى . وإذا مات الوصي وأوصى إلى آخر فهو وصيه في تركة الميت الأول عندنا . وقال الشافعي لا يكون وصياً في تركة الميت الأول اعتباراً بالتوكيل في حالة الحياة . والجامع بينهما أنه رضي برأيه لا برأي غيره . ولنا أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد ، ألا يرى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل إلى الوصي في المال وإلى الجد في النفس ، ثم الجد قائم مقام الأب فيما انتقل إليه ، فكذا الوصي . وهذا لأن الإيصاء

آخر ، لأن رأى الميت باق حكماً برأى من يخلفه) .

(وعن أبي حنيفة «رح») رواه الحسن عنه (أنه) أي أن الحى الباقي (لا يتفرد بالتصرف ، لأن الموصى ما رضي بتصرفه وحده ، بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره ، لأنه ينفذ تصرفه برأى المثنى كما رضيه المتوفى) وبه قالت الأئمة الثلاثة .

(وإذا مات الوصي وأوصى إلى آخر فهو وصيه في تركة الميت الأول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصياً في تركة الميت الأول) في أحد الوجهين لا يجوز أن يوصى لغيره (اعتباراً بالتوكيل في حالة الحياة ، والجامع بينهما أنه رضى برأيه لا برأي غيره) .

(ولنا أن الوصى يتصرف بولاية منتقلة اليه) من الميت بطريق الخلافة عنه (فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد) فإن وصى الجد عند عدم الأب كوصى الأب (ألا يرى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصى تنتقل إلى الوصى في المال وإلى الجد في النفس) حتى كان يملك تزويج الصغار والصغيرات واستيفاء القصاص (ثم الجد قائم مقام الأب فيما انتقل اليه)

إقامة غيره مقامه فيما له ولايته ، وعند الموت كانت له ولايــــة في التركتين ، فينزل الثاني منزلته فيهما . ولانــــه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصودة بنفسه ، وهو تـلافي ما فرط منه صار راضياً بإيصائــــه إلى غيره ، بخلاف الوكيل ، لأن الموكل حي يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والإيصاء إليه . قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ، ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة ،

لأنــه خلف عنه فيوصى إلى غيره (فكذا الوصى) لأنه خلف عن الميت أيضا (وهــذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته، وعند الموت) أي موت الموصى (كانت له) أي للوصى (ولاية في التركتين) أي في مال نفسه الذي يتركه لوصيه ، وسمى للوصى تركة باعتبار ما يؤول اليه (فينزل الثاني) أي في الايصاء (مــــنزلته)أي منزلة الاول (فيهما) أي في التركتين .

(ولأنه) أي ولأن الوصى (لمــــا استعان به) أى بالوصى (في ذلك) أى فيما اوصى (مع علمه أنه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه) أى قبــــل حصول مقصود الموصى منه (وهو) أى مقصوده (تلافي ما فرط منه) أي تدارك ما سبق منه من التفريط في الأمور (صار راضيا) أى الموصى وهو جواب لما (بايصائه) أي بايصاء الوصى (إلى غيره) دلالة إلى تتميم مقصوده .

(بخلاف الوكيل) فانه ليس كذلك (لأن الموكل حى يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه ، فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه) وهذا ظاهر .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة ، ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة) المقاسمة فعل القسمة بين اثنين ، وهو أن يقتسم كل واحد منهما مع الآخر شيئا ، وصورة المسألة رجل أوصى إلى رجل واوصى لرجل آخر

لأن الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ، ويصير مغروراً بشراء المورث والوصي خليفة الميت أيضاً ، فيكون خصماً عن الوارث إذا كان غائباً ، فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصى له .

أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه ، لأنه ملكه بسبب جديد ، ولهذا لا يرد بالعيب ، ولا يرد عليه ولا يصير

بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فأراد الوصى المقاسمة وهي على وجهين الاول : هو أن يقاسم الموصى له نائبا عن الورثة واعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فهذه جائزة والوجه الثاني : أن يقاسم الورثة عن الموصى له وهي باطلة .

وبيان الفرق بينهما ما ذكره المصنف بقوله (لان الوارث خليفة الميت) يعني من يخلفه بعده (حتى يرد بالعيب) يعني فيما اشتراه المورث (ويرد عليه به) أي فيما باعه الوارث (ويصير مغروراً بشراء المورث) كمن اشترى جارية ثم مات فاستولدها الوارث ثم استحقت الجارية فانه يرجع على البائع الميت ، ولو لم يكن الخليفة كما لو باعها المورث والمسألة بحالها لا يرجع على بائع بائعه ، لأنه ليس بخليفة عن بائعه حتى [illegible]ن غروره كغروره (والوصى خليفة الميت ايضا ، فيكون خصما عن الوارث إذا كان غائبا) وإذا كان كبيراً ، لأنه إذا كان صغيراً لا حاجة إلى فعله ، فاذا كان كذلك (فصحت قسمته عليه) أي على الوارث الغائب .

(حتى لو حضر) أي الغائب (وقد هلك ما في يد الوصى ليس له أن يشارك الموصى له) لأن ولايته قاصرة على الصغار وعلى حفظ مال الكبار ، والموصى له خصم ، والقسمة تصح بين الخصمين فنفذت القسمة .

وأشار إلى بيان الوجه الثاني بقوله (أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت في كل وجه) لأن الوصية تمليك بسبب ، وهو معنى قوله (لأنه ملكه بسبب جديد) أي لان الموصى له ملك ما اوصى له بسبب وهو ما بقى له من ثلث مال الميت (ولهذا) أي

مغروراً بشراء الموصي فــــلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته ، حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي ، لأن القسمة لم تنفذ عليه ، غير أن الوصي لا يضمن ، لانـــه أمين فيه و له ولاية الحفظ في التركة ، فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث البـاقي ، لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ، ويبقى مـــا بقي على الشركة . قال فإن قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصي له بثلث

ولكونه غير خليفة عن الميت (لا يرد بالعيب) فيما اشتراه المورث (ولا يرد عليــه) فيما باعه الميت (ولا يصير مغروراً) يعني يكون الولد رقيقــا (بشراء الموصى) فيما إذا اشترى جارية إلى آخر ما ذكرناه ، فاذا كان الامر كذلك (فلا يكون الوصي خليفة عنه) أي عن الغائب (عند غيبته ، حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقى ، لان القسمة لم تنفذ عليه) أي لم يصح (غير ان الوصى لا يضمن) هذا جواب عما يقال إذا كانت القسمة غير صحيحة كأن صرفه غير مشروع وهلك المال بعد ذلك العقد الذي هو غير مشروع فيجب الضمان كما بعد على المال واستهلكه .

وتقرير الجواب هو أن الوصي لا يضمن (لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة ، فيكون له ثلث البـــاقي ، لأن الموصي له شريك الوارث فيتوى) أي يهلك (ما توى) أى ما هلك (من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة) وقال السغناقي في قوله فصار كما إذا هلك بعض التركة إلى آخره إشارة إلى انه لا ضمان عليه إذا كان ما احرزه للورثة في يده ، لأن الحفظ إنما يتصور في ذلك ، أما لو سلمه اليهم فالموصى له بالخيار إن شاء ضمن القابض بالقبض وإن شاء ضمن الدافع بالدفع .

(قال فإن قاسم الورثة) أى فإن قاسم الوصي الورثة (وأخـــذ نصيب الموصى له

ما بقي لما بينا . قال وإذا كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي ، وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع في يده . وقال أبو يوسف إن كان مستغرقاً للثلث لم يرجع بشيء وإلا يرجع بتمام الثلث . وقال محمد لا يرجع بشيء ، لأن القسمة حق الموصي . ولو أفرز الموصي بنفسه مالاً ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية ، فكذا إذا أفرزه

فضاع رجع الموصى له) أى على الورثة (بثلث ما بقى في أيديهم) وقال الأكمل هذا كان معلوماً من سياق كلامه ، ولكنه ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن القسمة لم تنفذ عليه .

(قال) أى في الجامع الصغير (وإن كان الميت اوصى بحجة فقاسم) أى الوصي (الورثة فهلك ما في يده) أى في يد الوصي ، قال الكاكي الوصي والحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما . قلت لا حاجة الى ما قاله الكاكي أن يرجع الضمير لا يختص أن يكون إلى الظاهر خاصة ، بل يكون في المستتر أيضاً على ما لا يخفي (حج عن الميت من ثلث ما بقى ، وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع في يده) يحج عنه من ثلث ما بقى وهذا كله قول أبي حنيفة . قال الاكمل صورة رجل مات وترك اربعة آلاف درهم وصى أن يحج عنه وكان مقدار الحج الف درهم فأخذ الوصي الألف ودفع الى الذي يحج عنه فسرقت في الطريق حج عن الميت من ثلث ما بقى من التركة وهو الف درهم ، فان سرقت ثانياً يؤخذ ثلث ما بقى مرة أخرى ، هكذا .

(وقال أبو يوسف «رح» إن كان) أى الهالك (مستغرقاً للثلث لم يرجع بشيء وإلا) فإن لم يكن الهالك مستغرقاً للثلث (يرجع بتمام الثلث) وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ، فإن سرقت ثانياً يؤخذ مرة أخرى .

(وقال محمد « رح » لا يرجع بشيء ، لأن القسمة حق الموصي ، ولو أفرز الموصي بنفسه مالاً ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية ، فكذا إذا أفرزه وصيه الذي

وصيه الذي قام مقامه. ولأبي يوسف «رح» أن محل الوصية الثلث ، فيجب تنفيذها ما بقي محلها ، وإذا لم يبق بطلت لفوات محلهـــا . ولأبي حنيفة أن القسمة لا تراد لذاتهـــا ، بل لمقصودها ، وهو تأدية الحج ، فلم تعتبر دونه ، وصار كما إذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ، لأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة ، إذ لا قابض لها ، فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلهـــا . قال ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضي فقسمهـــا والموصى له غـائب فقسمته جائزة ، لان الوصية صحيحة ، ولهـذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثاً لورثته والقاضي نصب ناظراً لا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر إفراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح ، حتى لو حضر الغائب وقـد هلك

قام مقامه . ولأبي يوسف «رح» أن محل الوصية الثلث ، فيجب تنفيذها ما بقى محلهـا ، وإذا لم يبق بطلت لفوات محلها) أى محل الوصية .

(ولأبي حنيفة أن القسمة لا تراد لذاتها ، بل لمقصودها ، وهو تأدية الحـج فلم تعتبر دونه) أي دون المقصود وهي اداء الحج (فصار كما إذا هلك قبل القسمة فحج بثلث مـا بقي ، ولأن تمامها) أى تمام الوصية (بالتسليم إلى الجهة المسماة ، إذ لا قابض لهـا ، فاذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم ، فصار كهلاكه قبلها) أي قبل القسمة .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن اوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضي فقسمها ، والموصى له غائب فقسمته جائزة) أى قسمة القاضي جائزة ، حتى لو هلك ما في يد القاضي ثم حضر الغائب لا يرجع على الورثة بشيء (لأن الوصية صحيحة ، ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثاً لورثتـه والقاضي نصب ناظراً لا سيما في حق الموتى والغيب ، ومن النظر إفراز نصيب الغـائب وقبضه ، فنفـــذ

المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل . قال وإذا باع الوصي عبداً من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز ، لأن الوصي قائم مقام الموصي . ولو تولى حياً بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء . وإن كان في مرض موته فكذا إذا تولاه من قام مقامه ، وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة ، والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف وهو الثمن ، بخلاف العبد المديون ، لأن للغرماء حق

ذلك) أي الإفراز (وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل) .

وقال الإمام المحبوبي هذا الجواب فيما إذا كانت التركة مما يكال أو يوزن، لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز ، فكذا قسمته ، وأجيب بأن وضع المسألة في الدراهم وهي ما يوزن .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا باع الوصي من التركة عبداً بغير محضر من الغرماء فهو جائز) صورته في جامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يموت ويترك عبداً وعليه دين محيط بماله ، فيبيع الوصي العبد بغير محضر من الغرماء . قال بيعه جائز ، وأراد بذلك الدين على الميت لا على العبد (لأن الوصي قائم مقام الموصي ، ولو تولى) أي الموصي حال كونه (حياً بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء) فهو جائز .

(وإن كان في مرض موته فكذا إذا تولاه من قام مقامه وهذا) توضيح لما قبله (لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف ، وهو الثمن ، بخلاف العبد المديون) يملك بيع ما في يده بغير رضاه الغرماء، كذا ذكره الرازي في شرح مختصر الطحاوي ، بخلاف العبد المديون المأذون حيث لا يبيعه مولاه ووصيته (لأن للغرماء حق الاستسعاء) حتى يأخذوا كسبه ، فيكون البيع مبطلاً لحقهم، فلهم أن يبطلوا البيع .

الاستسعاء ، وأما ها هنا فبخلافه . قال ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي ، لانه هو العاقد ، فتكون العهدة عليه ، وهذه عهدة ، لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم ، فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ، قال يرجع فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل . وكان أبو حنيفة يقول أولاً لا يرجع لانه ضمن بقبضه ، ثم رجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة ، وعن محمد أنه يرجع

(أما هاهنا) أي في بيع المولى بغير محضر من الغرماء (فبخلافه) أى بخلاف ما ذكر فيما قبله ، لأن فيه يجوز وهنا لا يجوز ، سواء كان بيع الوصي بمحضرهم أو بغير محضرهم .

(قال) أى محمد في الجامع الصغير (ومن اوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي) الثمن (لأنه هو العاقد ، فتكون العهدة عليه) أى على الوصي (وهذا عهدة) إنما قال هذه لأجل تأنيث الخبر وهو العهدة وتأنيث المبتدأ لتأنيث الخبر جائز (لأن المشترى منه ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده فيرجع فيما ترك الميت ، لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل ، وكان أبو حنيفة يقول أولاً لا يرجع لأنه ضمن بقبضه) أى بقبض الثمن وقبض الثمن من حقوق العقد ، فصار الوصى في حق القبض كالمالك . وإذا كان بمنزلة المالك وقد لحقه الضمان بعمل نفسه فلا يرجع بشيء (ثم رجع) أي أبو حنيفة « رح » (إلى ما ذكرناه ، ويرجع في جميع التركة) .

(وعن محمد أنه يرجع في الثلث ، لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها) أي حكم

في الثلث ، لان الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث . وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور ، وذلك دين عليه ، والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه ، لأن في إلزامها القاضي تعطيل القضاء إذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذراً عن لزوم الغرامة ، فتتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ، ولا كذلك الوصي ، لانه بمنزلة الوكيل ، وقد مر في كتاب القضاء ، فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء ، كما إذا كان على الميت دين

الوصية (ومحل الوصية الثلث) يعني نفاذها من الثلث .

(وجه الظاهر) أي ظاهر الرواية (انه يرجع عليه) أي أن الوصي يرجع على الميت (بحكم الغرور ، وذلك دين عليه) أي على الميت ، لأنه غره حيث أمره ببيع عبده والتصدق بثمنه ، فكأنه قال هذا العبد ملكي ، فكان مغروراً من جهته . وفي الذخيرة محيلاً إلى المنتقى أن الوصي يرجع على المساكين لا على الميت ، والقياس هذا لأن غنم تصرف الموصي يعود إلى المساكين ، فغرمه يجب أن يكون عليهم (والدين يقضى من جميع التركة ، بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه ، لأن في الزامها القاضي) أي لأن في إلزام العهدة القاضي (تعطيل القضاء إذ يتحامى) أي لأنه يمتنع (عن تقلد هذه الأمانة حذراً عن لزوم الغرامة ، فتتعطل مصلحة العامة) بامتناع القضاة عن قبول القضاء لأجل التزام العهدة في الأمور (وأمينه) أي أمين القاضي (سفير عنه) أي عن القاضي (كالرسول) فلا يلزمه شيء .

(ولا كذلك الوصي ، لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء) في آخر فصل القضاء بالمواريث (فان كانت التركة قد هلكت ، أو لم تكن بها وفاء) بأن لم يفضل عن التكفين والتجهيز (لم يرجع) أي الوصي لم يرجع (بشيء كما إذا كان على الميت دين آخر)

آخر . قال وإن قسم الوصي الميراث فأصاب صغيراً من الورثة عبد فباعه وقض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مـــال الصغير ، لانه عامل له ، ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه . قال وإذا احتال الوصي بمال اليتيم فإن كان خيراً لليتيم جاز ، وهو أن يكون أملأ ، إذ الولاية نظرية ، وإن كان الاول أملأ لا يجوز ، لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه

أي غير هذا الدين نحو الديون التي تكون على الموات المفاليس .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإن قسم الوصي المـــيراث فأصاب صغيراً من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك) الثمن في يده (واستحق العبد رجـــع في مال الصغير) يعني رجع المشتري بالثمن على الوصي ، لأن العهدة على البائع ثم يرجـــع الوصي بذلك في مال الصغير (لأنه عامل له) أي لأن الوصي عامل لأجل الصغير (ويرجـــع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه) أي ما اصاب الصغير .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا احتال الوصي بمال اليتيم فإن كان خيراً لليتيم جاز) بأن كان المحال عليه أملأ وقدرته على أداء الدين من المحيل ، وهو المديون ، وهو قوله (وهو أن يكون) أي المحتال عليهم أملأ إذ الولاية نظرية (وان كان الأول) أي المديون أملأ لا يجوز (لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه) يعني إذا مـــات المحيل عليه مفلساً ولم يذكر إذا كانا سواء .

وفي الذخيره اختلف الناس فيه ، أشار في الكتاب إلى انه لا يجوز ، وذكر المحبوبي إذا كان الثاني مثل الاول لا يجوز . وقال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي على أن الوصي له أن يأخذ الكفيل بدين الميت ، لان الكفالة لا توجب براءة الاصل ، وكذلك لو أخذ رهناً بذلك يجوز ، ولو احتال بماله أو أخذ كفيلاً شرط براءة الاصل ، فإنـــه ينظر حتى أن الصبي لو أدرك قبل أخذ الدين ، فليس له أن يفسخ الحوالة ، وإذا لم يكن أملأ من المحيل فانه لا يجوز ، هذا إذا ثبت الدين بمداينة الميت ، وأما إذا ثبت بمداينة

قـــال ولا يجوز بيـع الوصي ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله ، لأنه لا نظر في الغبن الفاحش . بخلاف اليسير ، لأنـــه لا يمكن التحرز منه ، ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهـم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية ، والإذن فك الحجر بخلاف الوصي ، لأنـــه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً ، فيتقيـد بموضـع النظر . وعندهمـا لا يملكونه ، لأن التصرف بالفاحش منـه

الوصي فإنه يجوز سواء كان خيراً لليتيم أو شراً له، إلا انه إذا كان خيراً له فانه يجوز بالاتفاق حتى انه إذا أدرك وأراد أن ينقض ذلك فليس له ذلك، وإن كان شراً له جاز ذلك ويضمن الوصي اليتيم عندهما ، وعند أبي يوسف «رح» لا يجوز .

(وقال) أي محمد في الجامع الصغير (ولا يجوز بيـــع الوصي ولا شراؤه إلا بمـــا يتغابن الناس في مثله ، لانه لا نظر في الغبن الفاحش ، بخلاف اليسير، لانه لايمكن التحرز عنه ، ففي اعتباره) أي في اعتبار الغبن اليسير (انسداد بابه) أي باب تصرف الوصي (والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغـــبن الفاحش عند أبي حنيفة «رح» لأنهم يتصرفون بحكم المالكية) أي يتصرفون بحـــكم المالكية ، أي يتصرفون بأهليتهم لا باذن المولى ، ولا يقال العبد محجور عليـــه ، لأن المصنف قال (والأذن فك الحجر بخلاف الوصي ، لأنه يتصرف بحـكم النيابة الشرعية نظراً ، فيتقيد بوضع النظر) والأب والقاضي مثـــل الوصي ، لأنهم يتصرفون للغير ، فتجوز فيه عن الضرر .

(وعندهما) أى عند أبي يوسف ومحمد « رح » (لا يملكونه) أي لا يملكون البيع بالغبن الفاحش ولا الشراء به ، وبه قالت الأئمة الثلاثة (لأن التصرف بالغبن الفاحش منهم تبرع

تبرع لا ضرورة فيه ، وهم ليسوا من أهله . وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة ، لأن ذلك أحوط . ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل ، فيصير ذلك حملا على الكذب . ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا . وقيل لا بأس بذلك ، لأن الوصاية تعلم ظاهراً . قال وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار ، لان الاب يلي ما سواه ولا يليه ، فكذا وصيته فيه ، وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً ، لانه لا يملكه الاب على الكبير ،

لا ضرورة فيه ، وهم ليسوا من أهله) أى من أهل التبرع .

قال أى محمد في الجامع الصغير (وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة ، لأن ذلك أحوط) وبين وجه الأحوط (ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره) أى في آخر الكتاب (من غير تفصيل) بين الوصاية والشراء (فيصير ذلك حملا له على الكذب) فينسب إلى شهادة الزور .

(ثم قيل يكتب) أى القاضي والمشتري ، كذا قاله الأترازى . وقال الكاكي أي لا بأس بذلك ، أي يجمع الوصية والشراء في كتاب واحد ، وهذا وجهه (اشترى من فلان بن فلان ، ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا) أشار إلى قوله لأن ذلك أحوط . (وقيل لا بأس بذلك) أي لا بأس أن يكتب من فلان وصي فلان (لأن الوصاية تعلم ظاهراً) .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار ، لأن الأب يلي ما سواه) أى ما سوى العقار (ولا يليه) أي العقار (فكذا وصيته فيه) أي في العقار (وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً لأنه لا يملك الأب على الكبير الغائب إلا أنا استحسناه لما انه حفظ لتسارع) أى ان بيع

إلا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع الفساد إليـــه ، وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ . أما العقار فمحصن بنفسه . قال ولا يتجر في المال لأن المفوض إليـــه الحفظ دون التجارة . وقال أبو يوسف ومحمـــد وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب ، وكذا وصي الأم ووصي العم ، وهـــذا الجواب في تركـــة هؤلاء ، لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون

ما سوى العقار يتسارع (الفساد اليه وحفظ الثمن أيسر وهو) أي الوصي (يملك الحفظ، أما العقار فمحصن بنفسه) فلا يحتاج إلى بيعها للتحصين ، هذا الذي ذكره إذا لم يكن على التركة دين فإن كان هو مستغرق فله أن يبيع الجميع ، لأنه لا يمكنه قضاء الدين إلا بالبيع وإن كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول عليه من القول بالاتفاق ، ومن العقار أيضاً عند أبي حنيفة «رح» خلافاً لهما .

(قال ولا يتجر) أى الوصي (في المال ، لأن المفوض اليه الحفظ دون التجارة . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله) وفي بعض النسخ وقال (وصي الأخ في الصغير والكبير الغـائب بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب) يعني في بيع المنقول دون العقار، ولاخلاف في هذه المسألة ، فإنما خص ذكرهما في الجامـــع لأنه روى عنهما ولم يرو عن أبي حنيفة ، كذا قال الفقيه ابو الليث .

(وكذا وصي الأم ووصي العم) ليس لهما حق التصرف في العقار، ولهما حق التصرف في الفروض التي ورث من الأم خاصة أو من العم أو من الأخ ، وليس لأحـد من هؤلاء أن يتصرف فيما ورث من غير الذي أوصى اليه ، وأما وصى الأب فـله التصرف في الفرض والعقار سواء ورث من أبيه أو من غيره إذا كانت الورثة صغاراً ، وأمـا إذا كانوا كباراً وهم غيب فليس له التصرف إلا في فروض صاحبه (وهذا الجواب في تركة هؤلاء) يعني الأخ والأم والعم، وإنما قيد بتركة هؤلاء لأن وصي هؤلاء في تركة الأب ، كوصي الكبير

ما يكون من باب الحفظ ، فكذا وصيهم . قال والوصي أحق بمال الصغير من الجد . وقال الشافعي الجد أحق ، لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه . ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه ، فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه ، وهذا لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه . فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب ، لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه ، حتى يملك الإنكاح دون الوصي ، غير أنه يقدم عليه وصي الأب في التصرف لما بيناه .

الغائب (لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ ، فكذا وصيهم) .

(قال) محمد « رح » في الجامع الصغير (والوصي أحق بمال الصغير من الجد ، وقال الشافعي «رح» الجد أحق) وبه قال مالك واحمد «رح» (لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه . ولنا أن بالإيصاء ينتقل ولاية الأب اليه) أي إلى الوصي (فكانت ولايته) أي ولاية الموصي (قائمة معنى ، فيقدم عليه كالأب نفسه ، وهذا) توضيح لما قبله (لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه) أي تصرف الوصي (أنظر لبنيه من تصرف أبيه) أي أب الموصى وهو الجد (فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الاب ، لانه أقرب الناس اليه وأشفقهم عليه حتى يملك الإنكاح) أي إنكاح أولاد ابنه (دون الوصى) فإنه لا يملك (غير انه يقدم عليه وصي الاب في التصرف لما بيناه) إشارة إلى قوله ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب اليه ، والله أعلم .

(فصل في الشهادة)

قال وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة ، لأنهما متهمان فيهـــا لإثباتهما معيناً لانفسهما . قال إلا أن يدعيها المشهود له ، وهذا استحسان ، وهو في القياس كالأول لمـــا بينا من التهمة . وجـــه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما ، فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه ،

(فصل في شهادة الوصي)

أي هذا فصل في بيان أحكام شهادة الوصي ، وإنما أخر هـــذه لكونها عارضة فيها غير أصلية ، والاصل عدم العارض .

(قال فإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما) أي مع الوصيين (فالشهادة باطلة لانها متهمان فيها) أي في هذه الشهادة (لاثباتهما معينا لانفسهما) قال عليـــه السلام لا شهادة لمتهم ، وهذا لا نعلم فيه خلاف .

(قال) أي محمد في الجامع (إلا أن يدعيها المشهود له) ولفظه في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رض » في الوصيين يشهدان أن الميت اوصى إلى هـــذا معهما قال إن ادعى ذلك فشهادتهما باطلة ، وكذلك الوارثان يشهدان بذلك ، قالوا في شرح الجامع الصغير (وهذا استحسان) وأخذ المصنف هذا وقال هذا ، وأشار بـــه إلى قوله إلا أن يدعيها المشهود استحسان (وهو فيالقياس كالاول) أى كالوجـــه الاول،وهو البطلان . وذكر وجه القياس بقوله (لما بينا من التهمة) لانها شهادتان للشاهد أو لابيه .

(وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما) أي إلى الوصيين (برضائه) أى برضى الآخر (بدون شهادتهما) لان الولاية للقاضي لا تكون بهذه الشهادة ، فإذا كان كذلك (فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه) أي عن القاضي ، مثاله

أما الوصاية تثبت بنصب القاضي . قـــال وكذلك الابنان ، معنـــاه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر ، لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعاً بنصب حافظ للتركة . ولو شهدا ، يعني الوصيين ، لوارث صغير شيء من مال الميت أو غيره فشهادتهما باطلة ، لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود بـــه . قال وإن شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز . وإن كان في غير مال الميت جاز ، وهذا عند أبي حنيفة . وقالا إن شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين ، لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركـــة

أن القرعة ليست بحجة ، ويجوز استعمالهـــا في تعيين الإيصاء لدفـع التهمة عن القاضي فصلحت دامغة لا حجة ، فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين .

(أما الوصاية تثبت بنصب القاضي) فلا يحتاج إلى الشهادة ، لان الشاهدين لو سألا القاضي بأن يجعل هذا الرجل وصياً وهو راغب فيه أجابهما الى ذلك بخلاف الوكالة، فإنهما لو سألاه أن يوكل هذا الرجل عن أبيهما لا يفعل ، لانه ليس له ولاية في مال أبيهما .

(قال) أي محمد في الجامع (وكذلك الابنان) هـــذا لفظ محمد «رح» ، وهو معطوف على المستثنى منه ، وهو قوله فالشهادة باطلة ، وقال المصنف (معناه) أي معنى قول محمد « رح » وكذلك الابنان (إذا شهدا أن الميت اوصى الى رجل وهو ينكر ، لانهما يجران إلى أنفسهما نفعاً بنصب حافظ للتركة) وفيه تهمة فلا تقبل .

(ولو شهدا ، يعني الوصيين ، لوارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره) أي أو غير مال الميت (فشهادتهما باطلة ، لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به ، قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإن شهدا لوارث كبير في مـال الميت لم يجز وإن كان في غير مال الميت جاز ، وهذا عند أبي حنيفة «رح») .

(وقالا إن شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين) لوارث كبير في مال الميت وفي غيره

إذا كانت الورثة كباراً فعريت عن التهمة ، وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وتحققت التهمة . بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه ، لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها . قال وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما ، فإن كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » لا تقبل في الدين أيضاً ، وأبو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع أبي يوسف . وعن أبي يوسف مثل قول محمد « رح » .

مال الميت (لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة إذا كان الورثة كباراً فعريت) أي الشهادة (عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وتحققت التهمة . بخلاف شهادتها في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه ، لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا فيغيرها) .

(قال) أي محمد في الجامع (وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم ، وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما ، وإن كانت شهادة كل فريق للاخرين بوصية ألف درهم لم يجز ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد «رح» . وقال أبو يوسف « رح » لا تقبل) الشهادة عند أبي حنيفة « رح » (في الدين ايضاً ، وأبو حنيفة « رح » فيما ذكر الخصاف مع أبي يوسف « رح ») كما قال أبو يوسف «رح» ، ولفظ الخصاف في كتاب أدب القاضي لو أن رجلاً مات بدين ألف درهم وترك لورثته مالاً فشهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم ، فإن ابا حنيفة وابن أبي ليلى وأبا يوسف «رح» قالوا الشهادة باطلة من قبل انهم يشتركون فيما قبض كل واحد منهم وروى محمد بن الحسن في الجامع الصغير عن أبي حنيفة «رح» الى الشهادة جائزة ، وروى الحسن بن أبي زياد عن أبى حنيفة «رح» انهم إن جاءوا جميعاً فالشهادة باطلة .

(وعن أبي يوسف «رح» مثل قول محمد «رح») أي تجوز شهادة كل فريق في حق

وجه القبول أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ، ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة .
وجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة ، إذ الذمة خربت بالموت ، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيـــه ، فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة ، فتحققت التهمة . بخلاف حال حياة المديون ، لأنه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة .
قال ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد الشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق ، لأنـــه

الدين ولا تجوز في الوصية . قال الكاكي وإنما خص قول محمد هنا مع انه قيل هذا قول أبي حنيفة ومحمد لتقرر قول محمد في ذلك واضطراب قول ابي حنيفـــة رحمـــه الله فصار عن أبي حنيفة روايتان ، وعن أبي يوسف كذلك ، وعن محمد رواية واحدة .

(وجه القبول أن الدين يجب في الذمة وهي) أي الذمة (قابلة لحقوق شتى) أي كثيرة متفرقة (فلا شركة) أي في ذلك فلا تهمة (ولهذا) أي ولأجل عدم الشركة (لو تبرع أجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة ، وجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة ، إذ الذمة خربت بالموت ، ولهذا لو استوفى أحدهما حقـــه من التركة يشاركه الآخر فيه) أي في الذي استوفاه (فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة) فلا تقبل الشهاده .

(بخلاف حياة المديون ، لأنه) أي لأن الدين (في الذمة لا في المال لبقائها) أي لبقاء الذمة ، ولهذا يأخـــذه الآخر لا يكون للآخر فيه أن يشاركه فيـــه ، فإذا كان كذلك (فلا تتحقق الشركة فلا تهمة فيه) .

(قال) أي محمد في الجامع (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد الشهود لهما أن الميت اوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق ، لأنه لا شركة فـــلا تهمة .

لا شركة فلا تهمة • ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث مـاله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة . وكذا إذا شهد الاولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلث ماله فهي باطلة ، لان الشهـادة في هذه الصورة مثبتة للشركة .

قال) أي محمد (ولو شهدا أنه اوصى لهذين الرجلين بثلث مـــاله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطـــلة . وكذا إذا شهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه اوصى للأولين بثلث ماله فهي باطلة ، لأن الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة) وذلك لأنهم يشتركون في ثلث العبد .

* * *

كتاب الخنثى

(فصل في بيانـــه)

قال وإذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فإن كان يبول من الذكر فهو غلام ، وإن كان يبول من الفرج فهو انثى ، لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث ، فقال من حيث يبول .

(كتاب الخنثى)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الخنثى .

(فصل في بيانه)

(قال) الأكمل فإن قيل الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما ، وها هنا لم يتقدم شيء ، فما وجه ذكر الفصل ، قلت كلامه في قوة أن يقال هـذا الكتاب فيه فصلان ، فصل في بيان الخنثى ، وفصل في أحكامه (وإذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى) أراد بالفرج هنا الحر ، وهو قبل المرأة وإلا فالفرج يطلق على قبـل المرأة والرجل باتفاق أهل اللغة ، كذا في المغرب ، وفيه تركيب الخنث يدل على لـين ونكس ، وفيه الخنث وتخنيث في كلامـه وهو على وزن فعلى ، وجمعه خناثى بالفتح كحبلى وحبالى .

(فإن كان يبول من الذكر فهو غلام ، وإن كان يبول من الفرج فهو انثى ، لأن النبي ﷺ سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول) هذا الحديث رواه ابن عدي في الـكامل من حديث أبي يوسف القاضي عن الكلبي عن ابن عباس «رض» عنهما عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن مولود ولد، له قبل وذكر ، من أين يورث ، فقال من حيث يبول .

وعن علي رضي الله عنه مثله ، ولان البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الاصلي الصحيح ، و الآخر بمنزلة العيب . وإن بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الاصلي. وإن كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة. وقالا ينسب إلى أكثرهما بولاً ، لانه علامة قوة ذلك العضو ، وكونه

ومن طريق ابن عدي رواه البيهقي في « المعرفة في الفرائض » وعده ابن عدى من منكرات الكلبي . وقال البيهقي الكلبي لا يحتج به ، ورواه ابن الجوزي في الموضوعات من جهة ابن عدي وقال البلاء فيه من الكلبي ، انتهى . قلت أبو يوسف إمام مجتهد ثقة كيف يروي عن الكلبي مع علمه بأنه لا يحتج به ، ولو لم يعلم أنه ثقة لما روى عنه .

وقد أيده ايضاً ما روي (عن علي بن أبي طالب «رض» عنه) فقال المصنف وعن علي (مثله) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا الحسن بن كثير الأحمسي عن أبيه عن معاوية أنه أتي في خنثى فأرسلهم إلى علي «رض» عنه فقال يورث من حيث يبول ، ورواه الشعبي نحوه ، وروى عبد الرزاق في مصنفه عن سعيد بن المسيب نحوه ، وزاد فإن كانا في البول سواء فمن حيث سبق .

(ولأن البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح، والآخر بمنزلة العيب) وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يبول ، وهكذا كان الحكم في الجاهلية ، فقرره الشرع .

(وان بال منهما فالحكم للأسبق ، لأن ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الأصلي ، وإن كانا في السبق على السواء فلا يعتبر بالكثرة عند أبي حنيفة «رح») وبه قال اصحاب الشافعي « رح » في أحد الوجهين فكان خنثى مشكلا ، فقال أبو حنيفة « رح » لا أدري .

(وقالا) أي أبو يوسف ومحمد « رح » (ينسب إلى أكثرهما بولاً) وبه قال الشافعي « رح » في وجه وأحمد والأوزاعي والمزني (لأنه علامة قوة ذلك العضو ، وكونه

عضواً أصلياً . ولان للاكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة ، وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة ، لانه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر وإن كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق ، لانه لا مرجح . قال وإذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل ، وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل ، أو كان له ثدي مستو ، لان هذا من علامة الذكران . ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة أو نزل

عضواً أصلياً . ولأن للاكثر حكم الكل في أصول الشرع ، فيترجح بالكثرة) .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن كثرة الخروج لا يدل على القوة ،لانه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر) ولما أخبر أبو يوسف أبا حنيفة « رح » بجوابه قال أبو حنيفة هل رأيت قاضيا يكيل البول بالأواني ، وتوقف أبو حنيفة في الجواب وقال لا أدري ، وهذا من علامة فقه الرجل في ورعه وعدم تخبطه في الجواب ، فانه استند عليه بطريق التمييز بالدليل المعقول والمسموع ، فتوقف كما قالوا جميعاً عند استواء الكثرة لا علم لنا بذلك .

وسئل ابن عمر « رض » عن مثله فقال لا أدري ، كذا في المبسوط والاسرار ، وإن استويا في الكثرة فهو مشكل عند الجمهور . وحكي عن علي والحسن أنهما قالا يعد أضلاعه ، فان أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل.وقال جابربن زيديوقف إلى جانب حائط فإن بال عليه فهو رجل ، وإن سلسل بين فخذيه فهي امرأة وكلا القولين ليس بصحيح (وإن كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق ، لانه لا مرجح) حتى يحكم بالترجيح .

(قال) أي القدوري (وإذا بلغ الخنثى) يعني هذا الذي قلنا ما دام صغيراً ، فإذا بلغ (وخرجت لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل . وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل أو كان له ثدي مستو ، لأن هذه من علامات الذكران . ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة

له لبن في ثدي أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة ، لان هذه من علامات النساء ، وإن لم يظهر إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل ، وكذا إذا تعارضت هذه المعالم .

(فصل في أحكامه)

قال الاصل في الخنثي المشكل أن يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في أمور الدين ، وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته .
قال وإذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال

أو نزل له لبن في ثدي أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو إمرأة ، لان هذه من علامات النساء ، وإن لم يظهر إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل . وكذا إذا تعارضت هذه المعالم) ولو كان شخص لا مبهل له بل له مخرج واحد فيهما بين المخرجين منه يبول ويتغوط أو لا يخرج له لا قبل له ولا دبر ، وإنما يتقيأ ما يأكله ويشربه . وحكي في بعض البلاد هذا فهو في حكم الخنثى المشكل ، كذا في المغني لابن قدامة . وفي المحيط في المنتقى قال أبو يوسف وأبو حنيفة « رح » ما أدري ما أقول في هذا ، والله أعلم .

(فصل في أحكامه)

أي هذا فصل في بيان أحكام الخنثى .

(الاصل في الخنثى المشكل) وتذكير الضمير فيه للتغليب المذكور ، لان فيه جهة الذكورة وجهة الأنوثة ، الاصل في الخنثى المشكل (أن يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق في أمور الدين ، وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته) قال المشكل ولم يقل المشكلة ، لانه لما لم يعلم تذكيره وتأنيثه ، والاصل هو الذكر ، لان حواء عليها السلام خلقت من ضلع آدم عليه السلام .

(قال) أي القدوري (إذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء ،

أنه امرة فـــلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ، ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته . فإن قـام في صف النساء فأحب إلي أن يعيد صلاته ، لاحتمال أنه رجل ، وإن قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلاتهم احتياطاً ، لاحتمال أنه امرأة . وقال وأحب إلينا أن يصلي بقناع ، لانه يحتمل أنه امرأة ، ويجلس في صلاتـه جلوس المرأة ، لانه إن كان رجلاً فقد ترك سنة وهـــو جائز في الجملة ، وإن كان امرأة فقـد ارتـكب مكروهـاً ، لان الستر على النسـاء واجب

لاحتمال أنه امرأة ، فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلاتهم ، ولا النساء لاحتمال أنه رجل فيفسد صلاته ، فان قام في صف النساء فأحب إلي أن يعيد صلاته ، لاحتمال أنه رجل) إنما قال أحب إلي ولم يقل أوجب ، مع أن فيها جهة الفساد ، وفي العبادات جهة الفساد راجحة ، لما أن فساد الصلاة بجهة المحاذاة مختلف فيه وفي كونه رجلا أيضاً ، صار بمنزلة الشبهة ، فلذلك قال أحب إلي ، أشـار إليه في المبسوط وفي الذخيرة ، هذا حال كونه مراهقاً ، فأما لو كان بالغاً يجب الإعادة لترجيح جهة الفساد .

(وإن قـام في صف الرجال فصلاته تامة ، ويعيد الذي عن يمينـه وعن شماله والذى خلفـه بحذائه صلاتهم احتياطاً لاحتمال أنه امرأة) إنما قال احتياطاً لأن مبنى العبادة على الاحتياط ، محاذاة المرأة الرجل في حقهم موهوم .

(قال وأحب إلينا) لفظ قال هنا لم يقع في محله ، لانه إنما يذكر إما لمحمد وإما للقدورى ، ولم يذكر هذه المسألة إلا في الاصـــل ، وكذلك لم يقع في نسخة شيخي العلاء (أن يصلي بقناع ، لانه يحتمل أنه امرأة ، ويجلس في صلاته جلوس المرأة) وفسر السرخسي هذا بقوله معناه أن يخرج رجليه من جانب ويفضي بإليته إلى الارض ، لانه أقرب إلى التستر (لانه إن كان رجلا فقـــد ترك سنة ، وهو جائز في الجملة) كما في حالة الضعف (وإن كان امرأة فقـد ارتـكب مـكروهاً ، لان الستر على النساء واجب

ما أمكن . وإن صلى بغير قناع أمرته أن يعيد ، لاحتمال أنه امرأة، وهو على الاستحباب ، وإن لم يعد أجزأه،وتبتاع لهأمة تختنه إن كان له مال ،لانه يباح لمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة ، ويكره أن يختنه رجل ، لانه عساه أنثى ،أو تختنه امرأة ، لانه لعله رجل ، فكان الإحتياط لما قلنا . وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمـــام أمة من بيت المال ، أنه أعد لنوائب المسلمين ، فإذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال ، لوقوع الاستغناء عنها . ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير ، وأن يتكشف قدام الرجال أو قـــدام

ما أمكن ، وإن صلى بغير قناع أمرته أن يعيد) أي صلاته (لاحتمال أنه امرأة ، وهو على الاستحباب) هذا قبل البلوغ ، فأما بعد البلوغ تجب الإعادة (وإن لم يعد أجزأه) لانه ترك الاستحباب .

(وتبتاع له أمـة تختنه إن كان له مال ، لانه يبـاح لمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة) قال الكاكي هـذا التعليل يصح في حق الرجل ، أما لا يصح في حق المرأة ، لان الامة لا يباح لها النظر إلى مواضع العورة من سيدها مطلقاً ، وقال الكاكي فيه نظر ، لان ذلك في حالة الاحتياط لا في حالة العذر .

(ويكره أن يختنه رجل ، لانه عســاه أنثى) أي لعله أنثى (أو تختنه امرأة لعله رجل ، فكان الاحتياط فيما قلنــا) انه في شراء الامة (وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمـــام) أي اشترى له من بيت المال (أمة من بيت المال ، لانه) بيت المال (أعد لنوائب المسلمين ، فاذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها) .

(ويكره له في حياته لبس الحرير والحلي) وفي النهاية وليس في قيـــد الحياة زيادة فائدة ، لما أنه بعد الموت كذلك (وأن ينكشف قدام الرجال أو قدام النساء) والمرأة بالإنكشاف ، وهو أن يكون في إزار واحد لأنه مواضع العورة ، لان ذلك لا يحل لغير

النساء وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة ، وأن يسافر من غير محرم من الرجال ، توقياً عن احتمال المحرم . وإن أحرم وقد راهق قال أبو يوسف لا علم لي في لباسه لانه إن كان ذكراً يكره له لبس المخيط ، وإن كان انثى يكره له تركه . وقال محمد يلبس لباس المرأة ، لان ترك لبس المخيط وهو امرأة أفحش من لبسه وهو رجل ، ولا شيء عليه ، لانه لم يبلغ . ومن حلف بطلاق أو عتق إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى ، لان الحنث لا يثبت بالشك . ولو قال كل عبد لي حر ، أو قال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره ، لما قلنا . وإن قال القولين جميعاً عتق للتيقن بأحد الوصفين،

الأنثى أيضاً (وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة ،أن يسافر من غير محرم من الرجال توقياً عن احتمال المحرم) أى عن ارتكابه .

(وإن أحرم وقد راهق قال أبو يوسف لا علم لي في لباسه ، لانه إن كان ذكراً يكره له لبس المخيط ، وإن كان أنثى يكره له تركه) إنما قال ذلك لاشتباه حاله وعدم مرجح .

(وقال محمد « رح » يلبس لباس المرأة ، لأن ترك لبس المخيط وهي امرأة أفحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه ، لانه لم يبلغ) فلا يكون جناية .

(ومن حلف بطلاق أو عتاق إن كان أول ولد تلدينه غلاماً) فهو حر (فولدت خنثى لم يقع شيء حتى يستبين أمر الخنثى ، لان الحنث لا يثبت بالشك ، ولو قال كل عبد لي حر ، أو قال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره لما قلنا) أى لأن الحنث لا يثبت بالشك (وإن قال القولين جميعاً عتق) يعني إذا قال كل عبد لي حر ، وكل أمة لي حرة عتق المملوكة الخنثى (للتيقن بأحد الوصفين) لا فرق أن يكون

لانه ليس بمهمل . وإن قال الخنثى أنا رجل أو أنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً، لانه دعوى يخالف قضية الدليل . وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله ، لانه أعلم بحاله من غيره . وإن مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة ، لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء ، فيتوقى لاحتمال الحرمة ، ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل . ولا يحضر إن كان مراهقاً غسل رجل ولا

ذكراً في الواقع أو أنثى، فأياً ما كان يعتق بأحد اليمينين (لانه ليس بمهمل) يعني أنه في الواقع ليس بخال عن أحد الحالين .

(وإن قال الخنثى أنا رجل أو قال أنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً ، لأنه دعوى يخالف قضية الدليل) لأنه يقتضي بقاء الإشكال ، وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما يعلم به غيره . حاصله أنه مجازف فيما يخبر به عن نفسه ، فانه لم يعلم من ذلك إلا ما يعلم غيره .

(وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله ، لأنه أعلم بحاله من غيره) وقال الاترازي في هذا التعليل نظر ، لانه إنما يكون مشكلا إذا ظهرت فيه إحدى العلامات ، فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة إلى قول الخنثى بعد ذلك ، انتهى قيل إنما قال ينبغي أن يقبل بلفظ ينبغي ، لان حكمه غير مذكور ، فلم يتيقن به .

(وإن مات) أي الخنثى (قبل أن يستبين أمره) لم يغسله رجل ولا امرأة (لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء) أي غسل الرجل امرأته وعكسه غير ثابت في الشرع (فيتوقى لاحتمال الحرمة) فان النظر إلى العورة حرام ، والحرمه لم تكشف بالموت ، فتعذر غسله لانعدام من يغتسله ، فصار بمنزلة من تعذر غسله لانعدام ما يغسل به (فيتيمم بالصعيد لتعذر الغسل) ويتيمم مع الخرقة إن يممه الاجنبي ، وبغيرها إن كان ذا رحم محرم من الميت ينظر المتيمم الى وجهه ويعوض وجهه عن ذراعيه لاحتمال أن يكون امرأة .

امرأة ، لاحتمال أنه ذكراً أو انثى ، وإن سجى قبره فهــو أحب ، لأنه إن كان أنثى يقيم واجباً ، وإن كان ذكراً فالتسجية لا تضره .

وإذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الإمام ، والخنثى خلفه ، والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل ، لاحتمال أنه امرأة ، ويقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل . ولو دفن مــع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل ، لاحتمال أنه امرأة ، ويجعل بينهما حاجز من صعيد ، وإن كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال أنه رجل . وإن كان يجعل على السرير نعش المرأة فهو أحب إلي ، لاحتمال أنه عورة .

(ولا يحضر) أي الخنثى (إن كان مراهقاً غسل رجل ولا امرأة لاحتمال أنه ذكراً أو أنثى ، وان سجى قبره فهو أحب ، لانه ان كان أنثى نقيم واجباً ، وان كان ذكراً فالتسجية لا تضره . واذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضــع الرجل مما يلي الإمــام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجال ، لاحتمال أنه امرأة ، وتقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل) .

(ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال أنــه امرأة ، ويجعل بينهما حاجز من صعيــد ، وان كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال أنــه رجل ، وان كان يجعل على السرير نعش المرأة فهو أحب الي لاحتمال أنه عورة) والنعش شبه المحفة مشبك مطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة .

وفي الذخيرة وإن حمــل الخنثى مقلوباً فهو أحب إلي ، ومعنى المقلوب انه إذا كان للجنازة قوائم تقلب وتجعل القوائم التي أسفل الجنازة أعلاها ، ثم حمل عليه ، لأنه لا بد وأن يلقى عليه ثوب ، فاذا جعلت الجنــازة مقلوبة يلقى الثوب على القوائم ، فيكون أســتر له مما حمل على ظاهر الجنازة ، وان لم يكن لها قوائم وضع على ظاهر الجنازة ،

ويكفن كما تكفن الجارية ، وهو أحب إلي ، يعني يكفن في خمسة أثواب ، لأنه إذا كان أنثى فقد أقيمت سنة ، وإنْ كان ذكراً فقد زادوا على الثلاثة ولا بأس بذلك ،ولو مات أبوه وخلف ابناً وخنثى فالمال بينهما عند أبي حنيفة أثلاثاً ، للابن سهمان ، وللخنثى سهم ، وهو انثى عنده في الميراث ، إلا أن يتبين غير ذلك . وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى ، وهو قول الشعبي واختلفا في

ووضع عليه النعش فيكون أستر له ، فإن كان امرأة فهو السنة ، وإن كان رجلا فالنعش لا يضره .

(ويكفن كما تكفن الجارية وهو أحب إلي ، يعني يكفن في خمسة أثواب ، لانه إن كان أنثى فقد أقيمت سنة ، وان كان ذكراً فقد زادوا على الثلاث ، ولا بأس بذلك) لأن عدد الكفن يعتبر بعدد الثياب حال الحياة ، فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير ضار كما في حال الحياة ، فان للرجل أن يلبس حال حياته أزيد من الثلاثة .

(ولو مات أبوه) أى أب الخنثى (وخلف ابناً وخنثى فالمال بينهما على ثلاثة أسهم عند أبي حنيفة « رح » [1] للإبن سهمان وللخنثى سهم ، وهو) أى الخنثى (أنثى عنده) أى عند أبي حنيفة (في الميراث) وبه قال الشعير ، كذا ذكره بعضهم (إلا أن يتبين غير ذلك) هذا استثناء من قوله وهو أنثى عنده في الميراث ، يعني وهو بأن يظهر فيه إحدى علامات الذكورية بلا تعارض ، فحينئذ يعتبر ذكراً .

(وقالا) أى أبو يوسف ومحمد « رح » (للخنثى نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى وهو قول الشعبي) وذكر القدوري قول محمد مع أبي يوسف « رح » ، وكذلك ذكره أبو النصر البغدادي قول محمد مع أبي يوسف « رح » ، وكذلك ذكره المصنف ، وكذلك في عامة الكتب ذكروا قول محمد مع أبي يوسف . وقال الكاكي ذكر في عامة

---

(١) عند أبي حنيفة « رح » أثلاثاً ، نسخة ، هامش .

قياس قوله ، قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهماً ، للابن سبعة ، وللخنثى خمسة . وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة ، للابن أربعة وللخنثى ثلاثة ، لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الأرباع ، فعند الإجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما ، هذا يضرب بثلاثة ، وذلك يضرب بأربعة ، فيكون سبعة . ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكراً يكون المال بينهما نصفين ، وإن كان انثى يكون المال بينهما أثلاثاً احتجنا إلى حساب له نصف وثلث وأقل ذلك ستة ، ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل

كتب أصحابنا أن للخنثى المشكل أقل النصيبين ، يعني سواء الحالتين عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف « رح » أولاً ، وعليه الفتوى ، وهو قول عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم .

وقال أبو يوسف آخراً له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى ، وهو قول أحمد وابن أبي ليلى والثوري وشريك والحسن بن صالح وأهل المدينة وأهل مكة وابن عباس رضي الله تعالى عنهما . وقال الشافعي وأبو ثور وداود وابن جرير «رح» يعطى له اليقين ، وهو ميراث أنثى ويوقف الباقي الى أن يتبين الأمر ، ويصطلحوا . وفيه قول آخر للشافعي شاذ .

(واختلفوا في قياس قوله) أي على ترجيح قول الشافعي « رح » (قال محمد المال بينهما) أي بين الإبن والخنثى (على اثني عشر سهماً للابن سبعة وللخنثى خمسة . وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة ، للإبن أربعة وللخنثى ثلاثة ، لان الإبن يستحق كل الميراث عند الإنفراد ، والخنثى) يستحق (ثلاثة الارباع ، فعند الإجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما ، هذا يضرب بثلاثة وذاك يضرب بأربعة ، فتكون سبعة . ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكراً يكون المال بينهما نصفين وإن كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثاً احتجنا الى حساب له نصف وثلث وأقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل

واحد ثلاثة ، وفي حال يكون أثلاثاً للخنثى سهمان وللابن أربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ، ووقع الشك في السهم الزائد فينتصف ، فيكون له سهمان ونصف فانكسر ، فيضعف ليزول الكسر ، فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة . ولأبي حنيفة أن الحاجة هاهنا الى اثبات المال ابتداء والأقل وهو ميراث الأنثى متيقين به ، وفيما زاد عليه شك فأثبتنا المتيقن قصراً عليه ، لأن المال لا يجب بالشك ، وصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر ، فإنه يؤخذ فيه بالمتيقن ، كذا هذا ، إلا أن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك

واحد منها ثلاثة ، وفي حال يكون أثلاثاً للخنثى سهمان وللابن أربعة ، فسهمان للخنثى ثابتان) باتفاق (بيقين ، ووقع الشك في السهم الزائد ، فينصف فيكون له سهمان ونصف ، فانكسر فيضعف ليزول الكسر ، فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة) .

(ولأبي حنيفة أن الحاجة ها هنا الى اثبات المال ابتداء) لانه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة أو الأنوثة ، ولا شيء منهما معلوم ، واثبات المال ابتداء بدون سبب متحقق غير مشروع ، فلا بد من البناء على المتيقن (والاقل وهو ميراث الأنثى متيقن به ، وفيما زاد عليه شك فأثبتنا المتيقن به قصراً عليه ، لان المال لا يجب بالشك ، وصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر) كما في مسألة المفقود (فانه يؤخذ فيه بالمتيقن ، كذا هذا ، الا أن نصيبه الاقل) هذا استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن قصراً عليه ، يعني أوجبنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن وما تجاوزنا عنه بإثبات الزيادة ، لان المال لا يجب بالشك ، الا أن نصيبه الاقل (لو قدرناه ذكراً ، فحينئذ يعطى نصيب الإبن في تلك الصورة لكونه متيقناً به) .

الصوزة لكونه متيقناً به ، وهو أن تكون الورثة زوجاً وأماً وأختاً لأب وأم هي خنثى ، أو امرأة وأخوين لأم وأختـــاً لأب وأم هي خنثى فعندنا للاولى للزوج النصف ، وللام الثلث والبـــاقي للخنثى ، وفي الثانية للمرأة الربـــع وللاخوين لأم الثلث والباقي للخنثى لأنه أقل النصيبين فيهما .

وأشار إلى صورته بقوله (وهو أن تكون الورثة زوجاً وأما وأختاً لأب وأم وهي خنثى) هذه صورة للزوج النصف وللام الثلث، فلو قدرنا الخنثى انثى يكون لها النصف فتقول المسألة إلى ثمانية . ولو قدرناه ذكراً يكون الباقي من الستة وهو السدس ، فيعطى له ، لأنه أقل من النصف .

وصورة أخرى أشار اليها بقوله (أو امرأة) أي أو ترك امرأة (وأخوين لأم وأختاً لأب وأم هي خنثى) أصل المسألة من اثني عشر ، فللمرأة الربع وللاخوين لأم الثلث ، فلو قدرنا الخنثى ذكراً يكون له الباقي وهو الخمسة ، ولو قدرناه أنثى يكون لها النصف وهي ستة تؤول المسألة إلى ثلاثة عشر فتعطى الخمسة ، لأنها أقل من الستة .

وأشار إلى ما يعطى في الصورة الأولى بقوله (فعندنا في الأول) أى في صورة الأول (للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى) وقد بيناه الآن (وفي الثانيـــة) أى في الصوره الثانية (للمرأة الربع وللأخوين لام الثلث والباقي للخنثى ، لانه أقـل النصيبين فيهما) وهو سواء الحالتين (والله أعلم) .

* * *

(مسائل شتى)

قال وإذا قرىء على الأخرس كتاب وصيته فقيل له أنشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ برأسه ، أي نعم ، أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار فهو جائز ، ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه . وقال الشافعي يجوز في الوجهين ، لأن المجوز إنما هو العجز ، وقد شمل الفصلين . ولا فرق بين الأصلي والعارضي كالوحشي

(مسائل شتى)

أي هذه مسائل شتى ، أي متفرقة من كل باب .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا قرىء على الاخرس كتاب وصيته فقيل له أنشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومأ برأسه ، أى نعم ، أو كتب) أي أو كتب الاخرس نعم (فإذا جاء من ذلك) الإيماء والكتابة والخط والعقد ، وذلك أربعة الإيماء والكتابة والخط والعقد دار ، أو بالخط وبالعقد عقد الاصابع على رسم المهندسين (ما يعرف انه اقرار فهو جائز) يحكم بجواز وصيته ، ولا يعلم فيه خلاف (ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) بضم الياء وفتح القاف على صيغة المجهول ، يقال اعتقل لسانه إذا حبس عن الكلام ولم يقدر ، وبه قال الثوري وأحمد والاوزاعي .

(وقال الشافعي يجوز في الوجهين) أى في الإشارة والكتابة ، وبه قال ابن المنذر (لان المجوز إنما هو العجز وقد شمل الفصلين) أى الاخرس والعقل (ولا فرق بين الاصلي والعارض) أى لا فرق بين العجز الاصلي والعجز العارض (كالوحشي والمتوحش من الاهلي) أى من الحيوان الاهلي (في حق الذكاة) بالذال المعجمة ، أي في الذكاة الاضطرارية .

والمتوحش من الأهلي في حق الذكاة . والفرق لأصحابنا رحمهم الله ان الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة معلومة ، وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه ، حتى لو امتد ذلك وصارت له إشارات معلومة، قالوا هو بمنزلة الاخرس ، ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت ، أما الأخرس فلا تفريط منه ، ولان العارضي على شرف الزوال دون الاصلي ، فلا يتقاسمان . وفي الآبدة عرفناه بالنص . قال وإذا كان الاخرس يكتب كتاباً

(والفرق) أي بين الاصلي والعارضي (لاصحابنا ان الإشارة إنما تعتبر) وتقوم مقام النطق في حق الاخرس (إذا صارت معهودة معلومة ، وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه) لاحتمال ان يزول ما به من المرض ، فيطلق لسانه ، فلم تقم اشارته أو كتابته مقام العبارة ، لان عجزه عارض على شرف الزوال (حتى لو امتد ذلك) أي اعتقاله . قال التمرتاشي حده سنة (وصارت له إشارات معلومة ، قالوا) أي المشايخ (هذا بمنزلة الاخرس) وحكى الحاكم عن أبي حنيفة « رح » أنه قال إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة ، ويجوز الإشهاد عليه ، لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله ، فكان كالاخرس ، قالوا وعليه الفتوى ، كذا ذكره المحبوبي .

(ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت ، وأما الاخرس فلا تفريط منه ، ولان العارضي على شرف الزوال دون الاصلي ، فلا يتقاسمان) أي لا يقبلان القياس ، بخلاف الصغيرة والآيسة ، لان امتداد الطهر وارتفاع الحيض على شرف الزوال دون الصغر والإياس .

(وفي الآبدة) من أبدت البهيمة أبد وتأبد ، أي توحشت ، والجمع الاوابد ، وهو جواب عن قول الشافعي كالوحشي والمتوحش (عرفناه بالنص) وقال تاج الشريعة الضمير في عرفته عائداً إلى عدم العرف بين الوحش الادلي والمتوحش من الاهلي في حق

أو يومىء إيماء يعرف به ، فإنه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ، ويقتص له ومنه ولا يحد له . أما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا ، ألا ترى أن النبي عليه السلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة إلى الغيب والجوز في حق الغائب العجز ، وهو في حق الأخرس أظهر وألزم ، ثم

المذكورة هو ما رواه ابن خديج أن بعيراً من أهل الصدقات ند فرماه رجل وسمى فقتله فقال ﷺ إن لها أوابد كأوابد الوحش ، فإذا فعلت شيئاً من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (وإذا كان الاخرس يكتب كتابا أو يومىء إيماء يعرف به ، فإنه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه) إذا قتل (وله) أي ويقتص له إذا قتل من له القصاص فيه (ولا يحد له) أي إذا كان الاخرس مقذوفاً .

(أما الكتابة فلانها ممن نأى) أي ممن بعد (بمنزلة الخطاب ممن دنا) أي قرب ، لأن الكتابة جعلت مقام العبارة في حق الغائب للعجز عن النطق باللسان ، والعجز في حق الأخرس ألزم ، ثم أوضح ذلك بقوله (ألا ترى أن النبي ﷺ أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة ، ومرة بالكتابة إلى الغيب) ففي الصحيحين عن ابن عباس « رض » عنهما أن رسول الله ﷺ كتب إلى قيصر يدعوه إلى الإسلام ، وبعث بكتابه مع دحية الكلبي « رض » ... الحديث بطوله مشهور . وكتب إلى بكر بن وائل رواه ابن حبان في صحيحه عن أنس « رض» عنه ، وكتب إلى يهود خيبر رواه أبو نعيم في دلائل النبوة من حديث ابن عباس .

(والجوز في حق الغائب العجز وهو) أي العجز (في الأخرس أظهر وألزم ، ثم

الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم ، وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ، ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار ، وينوى فيه ، لأنه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية ، وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء ، وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم ، وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه الأحكام للحاجة إلى ذلك ، لأنها من حقوق العباد ، ولا تختص بلفظ دون لفظ ، وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد أيضاً ، ولا حاجة إلى الحدود ،

الكتابة على ثلاث مرات مستبين) أي بين (مرسوم) أي معنون بالعنوان ، والعنوان أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان (وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا) أي المشايخ .

(ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار ، وينوي فيه) على صيغة المجهول بالتشديد ، أي يطلب منه النية فيه (لأنه بمنزلة صريح الكتابة) أي بمنزلة كتابة قوله أنت بائن (فلا بد من النية) .

(وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء ، وهو بمنزلة كلام غير مسموع ، فلا يثبت به الحكم ، وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه الأحكام) أي النكاح والطلاق ، والبيع والشراء (للحاجة إلى ذلك ، لأنها من حقوق العباد ، ولا يختص بلفظ دون لفظ) يعني هذه التصرفات من النكاح ونحوه لا يتعلق بلفظ خاص ، بل يثبت بالفاظ كثيرة ، ويثبت بلفظ دون لفظ ، أي كما ثبت بالعربي يثبت بالفارسي وغيره (وقد ثبت بدون اللفظ) يعني بفعل ، يدل على اللفظ كالتعاطي (والقصاص حق العبد ايضاً) أي الثابت في حق العبد ، فيثبت باشارته (ولا حاجة إلى الحدود) أي لا حاجة إلى التوسعة في الحدود .

لأنها حق الله تعالى . ولأنها تندرىء بالشبهات ، ولعله كان مصدقاً للقاذف ، فلا يحد للشبهة ، ولا يحد أيضاً بالإشارة في القذف لانعدام القذف صريحاً وهو الشرط . ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ، ألا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد . ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص ، وإن لم يوجد لفظ التعمد وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية ، لأنه شرع جابراً ، فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد ، أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر ، وليس فيها معنى العوضة ، فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة . وذكر في كتاب

(ولأنها حق لله تعالى ، ولأنها تندرىء بالشبهات ، ولعله كان مصدقاً للقاذف ، فلايحد للشبهة ولا يحد أيضاً بالإشارة في القذف ، لانعدام القذف صريحاً وهو الشرط) أي التصريح هو الشرط كما مر في الحدود .

(ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ، ألا ترى انه) أي أن الشأن (لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد) وإن كان مطلق الحرمة ينصرف إلى الزمان لاحتمال أنه وطيء امرأته في حال الحيض ، أو وطيء أمته المجوسية ، ولهذا لا يجب الحد بقوله بالحرام زاده .

(ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص ، وإن لم يوجد لفظ التعمد ، وهذا) أى التصريح بالعمد (لأن القصاص فيه معنى العوضية) لأنه يستوفي كل واحد منهما نفس الآخر (لأنه) أى لأن القصاص (شرع جابراً ، فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد ، أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر ، وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة . وذكر في كتاب

الإقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ، ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك ، فيكون فيهما روايتان . ويحتمل أن يكون مفارقاً لذلك ، لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة لقيام أهلية النطق ، ولا كذلك الأخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة ، ودلت المسألة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادراً على الكتابة . بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمهم الله أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة ؛ لانه حجة

الإقرار) من الأصل (أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ، ويحتمل أن يكون الجواب هنا) أى في الأخرس (كذلك) أي لا يكون حجة (فيكون فيهما) أي في الأخرس والغائب عن الاخرس (روايتان) وفي نسخة الاترازي فيكون فيها بإفراد الضمير ، وقال أى في مسألة الاخرس على رواية كتاب الجامع الصغير يجب عليه القصاص بالكتابة وعلى اعتبار رواية كتاب الإقرار في الغائب لا يجب على الاخرس القصاص بالكتابة .

ثم قال وقال بعضهم في شرحه فيهما تضمير التثنية ، أي في الاخرس والغائب عن الاخرس ،فذاك ليس بشيء ، لانه لم يثبت الروايتان في الغائب ، بل فيه كتاب الإقرار فحسب ، ولا يجب عليه القصاص بالكتابة . قلت أراد بقوله وقال بعضهم في شرحه، هو الكاكي ، وفي بقيته ما قاله نظر لا يخفى .

(ويحتمل أن يكون مفارقاً ، لذلك لانه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة لقيام أهلية النطق ، ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة ، ودلت المسأله) أى قوله وإذا قرىء على الاخرس فأوما برأسه ، أي نعم ، أو كتب (على أن الإشارة معتبرة ، وإن كان قادراً على الكتابة ، بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا انه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة ، لانه) أي الإشارة على تأويل المذكور، أو على تأويل نقل الإشارة (حجة ضرورية ، ولا ضرورة) مع وجود الكتابة (لانه) أي لان

ضرورية ، ولا ضرورة ، لانه جمع ها هنا بينهما فقال أشار أو كتب، وإنما استويا لأن كل واحد منهما حجة ضرورية ، وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجـــد في الإشارة ، وفي الإشارة زيادة أمر لم يوجد في الكتابة لما انه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا . وكذلك الذي صمت يوماً أو يومين بعارض ، لما بينا في المعتقل اسانه أن آلة النطق قائمة . وقيل هـذا تفسير لمعتقل اللسان . قال وإذ كان الغنم

محمداً (جمع ماهنا) في الكتابة (بينهما) أي في الجامع الصغير بين الإشارة والكتابة .

(فقال أشار أو كتب) وهذا دليل على أن الإشارة معتبرة ، وإن كان قادراً على الكتابة . وقال الاترازي ولنا في دعوى الجمع بينهما ، لانه قال في الجامع الصغير ، وإذا كان الأخرس يكتب أو يومىء كلمة أو لأحد الشبهين لا للجمع ، على أنا نقول قال في الأصل وإن كان الأخرس لا يكتب ، وكانت له إشارة يعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز ، فيعلم من اشارة رواية الأصل أن الإشارة من الأخرس لا يعتبر مع القدرة على الكتابـــه ، لأنه بين حـــكم اشارة الاخرس بشرط أن لا يكتب. قلت في نظره نظر لا يخفى .

(وإنما استويا) أي الكتابة والإشارة (لان كل واحـد منهما حجة ضرورية ، وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة ، وفي الإشارة زيادة أمر لم يوجد في الكتابة، لما انه أقرب إلى النطق من آثار الاقلام فاستويا ، وكذلك الذي صمت يوماً أو يومين بعارض) عطفاً على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه ، أي صمت يوماً أو يومين بعارض من العوارض ، فأشار برأسه أو كتب لا يجوز أن يقوم مقام إقراره . وقال الكاكي انه في بعض النسخ صمت ، والمصمت هو الله تعالى (لما بينا في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة . وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان) كذا قال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير حيث قال فيه وهو تأويل ما سبق ذكره في الذي اعتقل لسانه .

(قال) أي قال محمد في الجامع الصغير (وإذا كان الغنم مذبوحـة وفيها ميتة ، فإن

مذبوحه وفيها ميتة، فإن كانت المذبوحة أكثر تحري فيهـــا وأكل ، وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل ، وهذا إذا كانت الحالة حالة الإختيار ،أما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك ، لان الميتـة المتيقنة تحل له في حالـــة الضرورة ،فالتي تحتمل أن تكون ذكية أولى ،غير أنه يتحرى ، لانه طريق يوصله إلى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة . وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار ، وإن كانت المذبوحة أكـثر ، لان التحري دليل ضروري ، فلا يصار إليـــه من غير ضرورة ، ولا ضرورة ، لان الحالة حالة الاختيـــار . ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحـــة .

كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها وأكل ، وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) هذا لفظ الجامع ، وقال المصنف (وهذا إذا كانت الحالة حالة الإختيار، أما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك ، لأن الميتة المتيقنة تحل في حالة الضرورة ، فالتي تحمل أن تكون ذكية أولى ، غير أنه يتحرى ، لأنه طريق يوصله إلى الذكية في الجملة فلا يتركه) أي التحري (من غير ضرورة) .

(وقال الشافعي لا يجور الاكل في حالة الاختيار ، وان كانت المذبوحة اكثر ، لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ، ولا ضرورة لان الحالة الاختيار ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة) فكما أن في حالة الضرورة تبـاح الميتة ، فكذلك تباح التناول عند غلبة الحلال على الحرام ، لان للغالب حكم الكل ، لان القليل لا يمكن الاحـــتراز عنه ، وكل قليل لا يمكن الاحتراز عنه فهو عفو كما في النجاسة القليلة .

ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو من المحرم والمسروق والمغصوب، ومع ذلك يباح التناول اعتماداً على الغالب ، وهـــذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه ، فسقط اعتباره دفعاً للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف . بخلاف مـــا إذا كانا نصفين أو كانت الميتة أغلب ، لانه لا ضرورة فيه ، والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب .

(ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ، ومع ذلك يباح التناول اعتماداً على الغالب ، وهـــذا لأن القليل لا يمكن الإحتراز عنه ، ولا يستطاع الإمتناع عنه فسقط اعتباره دفعاً للحرج كقليل النجاسة . وقليل الانكشاف من العورة، بخلاف ما إذا كانا نصفين ، أو كانت الميتة أغلب ، لأنـه لا ضرورة فيه ، والله أعـــلم بالصواب ، وإليه المرجع والمآب) فلا توكل التحري ، بخـــلاف الثياب النجسة ، فإنه يتحرى فيها ، وإن كان الطاهر والنجس نصفين عندنا ، وبه قـــال الشافعي وفي الاواني النجسة لا يتحرى إلا إذا كانت الغلبة للطاهر .

وقال الشافعي يتحري في التنصيف وفي الغلبة . وقال أحمد والمزني وأبو ثور لايتحرى في الأواني أصلا ويتيمم ويصلي ، واختلفت الرواية عن أحمد في جواب إراقة مـــاء الاواني قبل التيمم . وقـــال ابن الماجشون المالكي لا يتحرى ، ولكنه يتوضأ بأحدها ويصلي ثم يتوضأ بالآخر ويعيد الصلاة التي صلاها ، والله أعلم بالصواب .

* * *

خاتمـــة المؤلف

وهذا آخر ما انتهيت من تأليف كتاب البناية في شرح الهداية في العشرين من شهر الله المحرم الحرام عام خمسين وثمانمائة بالقاهرة المحروسة في مدرسة البدرية تجاه كساه بالقرب من الجامع الازهر ، فنسأل الله من فضله ولطفه قبول ذلك والقاء الانصاف في قلب من ينظر فيه ، بحيث انه إذا اطلع على محاسنه يترحم على مؤلفه وإذا اطلع على عيب من العيوب التي لا يخلو عنها زلل القلم وخمود الذهن بأنواع من الألم يبادر إلى إصلاحه وستر عيبه . وأما الحاسد فإنه لا يصدر منه إلا الإنكار واطلاع الناس على العثرات، وما وقع فيه من الاسقاطات خصوصاً ، كأن جمعي لهذا الشرح في زمن تأخر فيـه من يستحق التقديم ، وتقدم فيه من يستحق التأخير من الفجرة العظام والجهلة اللئام ، وتراكب الهموم والاحزان حتى من الأصدقاء والأخوان ، وخصوصاً كنت في سن الذي ناهز التسعين من ضعف البصر ، وغالب الكتابة في الليـــالي ، وليس بعجيب أن يسلم شخص من السهو والنسيان ، وهو في هذه الحالات ، ولكن هـــذا يكون من الكرامات ببركة أدعية مشايخي الذين أخذت عنهم وهم أصحاب الكرامات بظهورها للافراد والجماعات .

وكان السبب في تأليف هذا الشرح أن شخصاً من الفضلاء المستعربين من ابناء العجم قريباً ، سألني قراءة كتاب الهداية فأجبته بذلك،فقال ما أقرأ إلا من اول كتاب المضاربة فقلت نعم ،.ثم شرعت في شرح درسه أولاً بأول ، وكتبت مجلداً في شرح كتاب المضاربة إلى كتاب القسمة،وكان ابتدائي فيه في غرة صفر من سنة سبعة عشر وثمانمائة من الهجرة وكان فراغي منه في نهار الخميس ، الثاني والعشرين من جمادى الأولى من السنة المذكورة ثم شرعت في شرح كتاب القسمـــة عقيب فراغي من شرح كتاب المضاربـــة ، وأتممته في سلخ رجب الأصم من سنة سبعة عشر وثمانمائة ، ثم تمادى الحـــال من هذا التاريخ إلى سنة سبعة وثلاثين وثمانمائة ثم شرعت في شرح الكتاب من أوله ابباب الطهارة وفرغت منه ليلة الأربعاء السادس عشر من جمادى الآخر من سنة سبعة وثلاثين.ثم كتبت الجزء الثاني وفرغت منه في السادس عشر من رمضان المعظم من السنة المذكورة ثم شرعت في الثالث وفرغت منه نهار الجمعة قبل الزوال الثالث والعشرين من شوال من سنة ثمانية

وثلاثين . ثم شرعت في الجزء الرابع وفرغت منه في الثالث عشر من شوال من سنة سبعة وأربعين وثمانمائة . ثم شرعت في الجزء الخامس وفرغت منه في اليوم الثاني من ربيع الآخر من سنة ثمانية واربعين وثمانمائة . ثم شرعت في الجزء السادس وفرغت منه في أنهار الخميس الثاني عشر من شهر شوال من السنة المذكورة . ثم شرعت في الجزء السابع وفرغت منه في يوم الأربعاء السادس عشر من شعبان من سنة تسع واربعين وثمانمائة . وأما الثامن والتاسع والعاشر فقد ذكرناه ؛ والذي ينظر فيه يعرف مقدار الخلو من الصيف سنين عديدة ، ويعرف مقدار التكميل والإتمام مدة لطيفة كل ذلك بنظر الله وتوفيقه ، فنسأل الله تعالى خاتمة الخير والاجتناب عن الشر ، إنه على ذلك قدير وبالإجابة جدير.

ورأيت في آخر شرح قوام الدين الكاكي رحمه الله انه قال هذا آخر ما انتهيت اليه من تأليف معراج الدراية في شرح الهداية الحادي والعشرين من محرم سنة خمس وأربعين وسبعمائة ، ورأيت بخط الإمام العالم العلامة قوام الدين شارح الهداية في آخر شرحه يقول العبد الضعيف أبو حنيفة قوام الدين أمير كاتب ابن أمير عمر العميد الفارابي الأتقاني هذا آخر غاية البيان نادرة الزمان في آخر الأوان في شرح كتاب الهداية

ثم قال بخطه أيضاً وكان افتتاح شرحنا بالقاهرة غرة شهر ربيع الأخر من سنة إحدى وعشرين وسبعمائة ، وبعضه عمل بالعراق وازاه في زمن السلطان أبي سعيد نور الله مرقده ، وبرد مضجعه ، وأكثره عمل ببغداد وكرامات معدودة ، وآخره بدمشق إلى أن ختم في السابع عشر من ذي القعدة يوم الخميس أول يوم من آذار سنة سبع وأربعين وسبعمائة ، وكان جميع مدة الشرح ستة وعشرين سنة وسبعة أشهر وسبعة عشر يوماً ، والحمد لله رب العالمين وصلواته على محمد وآله اجمعين غفر الله لكاتبه وللناظر فيه وللقارىء فيه ولمن رأى فيه خلل وأصلحه ولمن دعا لكاتبه بالمغفرة وجميع المسلمين آمين ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين ، والحمد لله رب العالمين ، آمين .

فهرس الجزء الثاني عشر